

ESTUDIOS

La protección jurídica contra el acoso en el trabajo: panorama general
ANTONIO MARTÍN VALVERDE
La protección extrajudicial frente al acoso moral en el trabajo
VICENTE-ANTONIO MARTÍNEZ ABASCAL
La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo
ROSA QUESADA SEGURA
La protección judicial frente a las distintas modalidades de acoso en el trabajo
DANIEL BARTOMEUS PLANA

MERCADO DE TRABAJO

La feminización en el mercado laboral español
Análisis trimestral sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (primer trimestre 2007)
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
LAURA PÉREZ ORTIZ

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz
Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del comité de empresa
MARÍA DEL JUNCO CACHERO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

Universidad de Sevilla
Profesores de religión, centros públicos y libertad religiosa: un equilibrio complicado
FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga
Sobre la necesidad de una reinterpretación de la falta de ingresos como causa de exclusión del régimen especial de trabajadores autónomos
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén
Consideraciones sobre la prejudicialidad en el proceso laboral; la seguridad jurídica y el artículo 86 de la Ley de Procedimiento Laboral
JOSÉ M.ª MORENO PÉREZ

INFORMES Y DOCUMENTOS

Recomendaciones de la Comisión de Inmigración del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social y el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007

Recomendaciones para la Negociación Colectiva de la Comisión de Contratación y Empleo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social

Memoria sobre la actuación y funcionamiento del SERCLA en el año 2006

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

DECRETO 58/2007, de 6 de marzo, por el que se modifica el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido
ORDEN de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas

DECRETO 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

2007



JUNTA DE ANDALUCÍA

TEMAS LABORALES

Consejería de Empleo

92

TEMAS LABORALES



92/2007

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL







TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

92

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
www.juntadeandalucia.es/empleo/carl
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1.ª planta
41011 Sevilla



CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA Consejero de Empleo

VOCALES

AGUSTÍN BARBERÁ SALVADOR	Viceconsejero de Empleo
JAVIER AGUADO HINOJAL	Secretario General Técnico
FCO. JAVIER GUERRERO BENÍTEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

COMITÉ DE REDACCIÓN

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA	MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Y BRAVO FERRER
JESÚS CRUZ VILLALÓN	SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN Catedrático de Derecho del Trabajo

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA Catedrático E.U. de Derecho del Trabajo

Suscripciones y distribución:

Editorial Comares, Polígono Juncaril, C/. Baza, parcela 208, 18220 Granada
Tel.: 958 46 53 82 • Fax: 958 46 53 83 • <http://www.comares.com>
mazuecos@comares.com

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE EMPLEO
JUNTA DE ANDALUCÍA

DISEÑO: Manuel Jesús Jiménez López
DEPOSITO LEGAL: SE-1.077/96
I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: EDITORIAL COMARES



TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
N.º 92/2007

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

- La protección jurídica contra el acoso en el trabajo: panorama general .
ANTONIO MARTÍN VALVERDE 11
- La protección extrajudicial frente al acoso moral en el trabajo 31
VICENTE-ANTONIO MARTÍNEZ ABASCAL
- La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo 119
ROSA QUESADA SEGURA
- La protección judicial frente a las distintas modalidades de acoso en el
trabajo 151
DANIEL BARTOMEUS PLANA

2. MERCADO DE TRABAJO

- La feminización en el mercado laboral español
Análisis trimestral sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía
(primer trimestre 2007) 179
SANTOS RUESGA BENITO
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
LAURA PÉREZ ORTIZ

**3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA****PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA**

Universidad de Cádiz

Suspensión por incapacidad temporal de las funciones representativas de un miembro del comité de empresa 217

MARÍA DEL JUNCO CACHERO

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

Universidad de Sevilla

Profesores de religión, centros públicos y libertad religiosa: un equilibrio complicado 227

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Sobre la necesidad de una reinterpretación de la falta de ingresos como causa de exclusión del régimen especial de trabajadores autónomos . . . 251

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

Consideraciones sobre la prejudicialidad en el proceso laboral; la seguridad jurídica y el artículo 86 de la Ley de Procedimiento Laboral . . . 267

JOSÉ M.^a MORENO PÉREZ**4. INFORMES Y DOCUMENTOS**

Recomendaciones de la Comisión de Inmigración del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social y el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 279

Recomendaciones para la Negociación Colectiva de la Comisión de Contratación y Empleo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social 285

Memoria sobre la actuación y funcionamiento del SERCLA en el año 2006 293

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓNDECRETO 58/2007, de 6 de marzo, por el que se modifica el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido
BOJA núm. 75, de 17 de abril 351



Índice

7

ORDEN de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas BOJA núm. 104, de 28 de mayo	359
DECRETO 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración BOJA núm. 119, de 18 de junio	389

Los contenidos del fondo de la Revista Temas Laborales pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/>), en la sección específica dedicada a la Revista «Temas Laborales».





1

Estudios







LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA EL ACOSO EN EL TRABAJO: PANORAMA GENERAL

ANTONIO MARTÍN VALVERDE

*Magistrado del Tribunal Supremo (Sala IV)
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

EXTRACTO

Tras caracterizar la conducta de acoso tanto por los medios utilizados (hostigamiento o asedio a la víctima) como por los fines perseguidos (el maltrato o la vejación), diversificados estos últimos, a través de los distintos tipos de acoso (sexual, discriminatorio y moral o psicológico), en objetivos específicos (la imposición de una conducta, la exclusión del disfrute de ventajas o de posiciones sociales o el detrimento psicológico), el autor señala el caldo de cultivo en el que el acoso florece en la sociedades actuales (la polarización hostil de individuos pertenecientes a distintos grupos sociales y la desigualdad de poder en las relaciones interpersonales).

La creciente preocupación legislativa por el acoso laboral está vinculada, en buena medida, a los referidos componentes que integran la práctica del acoso. La duración y continuidad de las relaciones de trabajo propician las conductas hostigadoras, dado que éstas discurren con arreglo a un plan o propósito; la asimetría de poder con que cuentan los sujetos de dichas relaciones, en especial la derivada de la prevalente posición institucional que ostenta el empresario (superioridad jurídica y predominio económico), y la heterogeneidad de los colectivos de personas que forman parte de aquellas relaciones.

Una vez perfilados los trazos básicos de las distintas modalidades del acoso, se procede a identificar las normas generales y específicas de protección contra el acoso laboral, señalando las funciones que unas y otras desempeñan. Las normas generales presentan una eficacia operativa muy desigual, plasmada, de un lado, en la excepcional utilización del abuso de derecho por la víctima del acoso y, de otro, en la mayor eficacia que supone el recurso más frecuente a la protección resarcitoria mediante la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador acosado, lo que representa pagar el alto precio de la pérdida del empleo. Ello explica que las normas específicas, de más reciente aparición, hayan surgido para compensar las insuficiencias de las normas genéricas en esta materia, dispensando una tutela jurídica más efectiva y menos costosa para el trabajador y proporcionándole, junto a la tutela resarcitoria, las de carácter preventivo, sancionador y protector de sus derechos fundamentales.

ÍNDICE

1. UNA REALIDAD ANTIGUA Y UNA REGULACIÓN «ESPECÍFICA» MODERNA
2. APUNTE SOBRE LAS RAÍCES PSICOLÓGICAS DE LAS CONDUCTAS DE ACOSO EN LAS RELACIONES SOCIALES
3. LAS RELACIONES DE TRABAJO COMO ÁMBITO DE PRÁCTICAS DE ACOSO
4. ACOSO SEXUAL, ACOSO DISCRIMINATORIO Y ACOSO MORAL O PSICOLÓGICO: DIFERENCIAS Y COINCIDENCIAS
5. CLÁUSULAS NORMATIVAS GENERALES DE PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO: DEBER DE TRATO DIGNO Y PROSCRIPCIÓN DEL ABUSO DE DERECHO
6. RESEÑA Y CATALOGACIÓN DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN CONTRA LAS DISTINTAS CLASES DE ACOSO EN EL TRABAJO
7. FUNCIONES RESPECTIVAS DE LAS NORMAS GENERALES Y DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO
8. LA CONJUNCIÓN DE LAS NORMAS GENERALES Y DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS CONTRA EL ACOSO EN EL TRABAJO: BALANCE PROVISIONAL

1. UNA REALIDAD ANTIGUA Y UNA REGULACIÓN «ESPECÍFICA» MODERNA

Las normas legales específicas de prevención y represión de las distintas formas de acoso laboral o acoso en el trabajo datan en el ordenamiento español de fechas recientes. La más antigua es seguramente la referencia implícita pero inequívoca al acoso sexual que, aun sin utilizar todavía esta expresión, supuso el reconocimiento del derecho del trabajador a la «protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual». Esta referencia se incluye en la actual redacción del art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (ET), como concreción del derecho del trabajador «en la relación de trabajo» al respeto a «su intimidad» y «a la consideración debida a su dignidad». El pasaje alusivo al acoso sexual fue introducido en el texto del Estatuto de los Trabajadores en virtud de la Ley 3/1989.

Las menciones legislativas más recientes al acoso en el trabajo corresponden a la Ley 62/2003. Esta disposición ha dado lugar a numerosas modificaciones de leyes laborales, desde el ET hasta la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) pasando por la Ley de Infracciones y Sanciones (LIS). Entre otras cosas, las reformas de la Ley 63/2003, cuyo motivo inmediato es la trasposición al derecho español de las Directivas comunitarias 2000/43 y 2000/78, versan sobre el tratamiento jurídico que se ha de dispensar en distintos sectores del ordenamiento laboral, al llamado «acoso discriminatorio». Es de notar, sin embargo, que en alguno de estos preceptos se habla del «acoso» en el trabajo sin más calificativos.

Ciñéndonos aquí a la legislación sustantiva, la mencionada Ley 62/2003 ha supuesto de un lado la atribución al trabajador de un derecho a la protección «frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convic-

ciones, discapacidad, edad u orientación sexual»; y de otro lado, como reverso de la medalla, la inclusión en la lista de causas de despido disciplinario de la conducta del trabajador de «acoso» «al empresario o a las personas que trabajen en la empresa», por los mismos motivos «de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». El derecho a la protección frente a estos supuestos de acoso discriminatorio se ha incluido también en el propio art. 4.2.e. ET que dio acogida catorce años antes a la protección frente a las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual. La consideración como causa de despido de la conducta del trabajador de acoso al empresario o a otros compañeros de trabajo por los motivos señalados figura, como era de esperar, en la lista de causas del «despido disciplinario» del art. 54.2 ET, a la que se ha añadido una nueva letra g) para incluir este comportamiento.

Pero las normas específicas sobre el acoso laboral que hemos consignado no son las únicas. Entre 1989 y 2003 encontramos varias y diversas disposiciones en la materia, que afectan unas veces a la regulación de la relación individual de trabajo, otras al régimen de las infracciones y sanciones administrativas relativas a los empresarios, y otras incluso a la represión penal de determinadas conductas antijurídicas de acoso de especial gravedad. Estos supuestos de acoso cualificado de especial gravedad se castigan de acuerdo con los artículos 184 y 314 del Código Penal, que tratan respectivamente del acoso sexual con prevalimiento de «situación superioridad laboral» («o docente o análoga») y de «la grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona».

A esta misma rama del ordenamiento punitivo corresponde precisamente una norma legal actualmente en trámite de elaboración, que, si culmina el procedimiento parlamentario, castigará también otra clase o modalidad de acoso laboral distinta de las mencionadas. La proyectada reforma del Código Penal a que nos referimos se propone entre otras cosas reprimir como delito, además de los supuestos de acoso sexual o de discriminación ya tipificados, determinados supuestos de «acoso moral» o acoso psicológico en el trabajo (conocido también entre nosotros con el término inglés *mobbing*).

La modernidad y el dinamismo actual de la legislación frente al acoso en el trabajo, de lo que constituyen buenas pruebas las disposiciones que acabamos de reseñar, no significan que el ordenamiento laboral anterior fuera insensible ante estas conductas o careciera de armas para luchar contra ellas. Por supuesto, la aparición muy reciente de las normas contra el acoso no quiere decir tampoco que éste sea una patología de las relaciones de trabajo, o más genéricamente de las relaciones entre personas o grupos de personas, surgida en la vida social en los últimos años. Más bien es cierta la proposición contraria: el acoso es no una práctica más o menos ocasional de

última hora de las sociedades contemporáneas, sino una realidad de largo recorrido histórico, que se ha dado y que se da en diferentes relaciones o situaciones, y que se asienta con toda probabilidad sobre raíces psicológicas profundas del comportamiento humano. De uno y otro aspecto del fenómeno objeto de nuestro estudio nos vamos a ocupar en los apartados próximos.

2. APUNTE SOBRE LAS RAÍCES PSICOLÓGICAS DE LAS CONDUCTAS DE ACOSO EN LAS RELACIONES SOCIALES

El acoso como patología de las relaciones sociales consiste en una conducta de hostigamiento o asedio a individuos, en cuanto tales o en cuanto miembros de grupos determinados, cuyo propósito deliberadamente buscado es el maltrato o vejación de la persona o personas acosadas. La conducta de acoso se caracteriza, por tanto, de un lado por los medios que utiliza, y de otro lado por los fines o propósitos que persigue. Los medios son el hostigamiento o asedio de la víctima, es decir, una práctica insistente y deliberada de molestia o de cerco hostiles. Los fines del acoso son el maltrato o la vejación de la víctima, términos genéricos que comprenden objetivos o finalidades diversos, que guardan relación entre sí pero que no son exactamente coincidentes.

Uno de los objetivos o finalidades posibles del acoso es forzar la voluntad de la víctima mediante la imposición de una decisión o una conducta; la conducta o decisión que se pretende imponer puede ser a su vez de aceptación de algo que el acosado no quiere, o de desistimiento de algo que el acosado pretende. Una segunda finalidad del acoso puede ser la exclusión de una persona o de los miembros de un grupo del disfrute de ciertas ventajas o posiciones sociales a las que podían legítimamente aspirar. En fin, el acoso puede estar encaminado, con distintos grados de virulencia, a la destrucción o al menoscabo psicológicos de las víctimas afectadas. Las distintas modalidades del acoso, que analizaremos más adelante, se caracterizan por la persecución de uno u otro de estos objetivos; pero en ocasiones el «plan de acoso» los contempla conjuntamente.

No pretendemos aquí elaborar una teoría sobre esta clase de práctica social; ni seguramente estamos tampoco en las mejores condiciones de hacerlo. Pero, a los efectos del panorama general que nos hemos propuesto ofrecer en esta exposición, puede ser interesante reflexionar sobre ciertos rasgos funcionales que concurren en cualesquiera conductas de acoso. En este orden de ideas, no parece descaminado afirmar que el acoso ejercitado contra individuos o contra miembros de un grupo es una especie de sucedáneo (y a veces un preludio) de la privación abierta de derechos y libertades,



o de las acciones de hostilidad directamente destructivas. El acoso surge así en aquellas sociedades o en aquellos contextos sociales en que, por una u otra razón, no caben (o no caben todavía) conductas de agresión frontal y directa a la esfera jurídica de las víctimas.

Recurriendo al clásico, cuando el hombre decide ser lobo para el hombre, pero no puede devorarlo o exterminarlo porque la sociedad no se lo permite en el plano jurídico, cabe imaginar una vía más suave y sinuosa de imposición, exclusión o menoscabo, que es el hostigamiento o asedio del individuo acosado. De ahí que este tipo de conducta, integrada por una pluralidad de actos correspondientes a un mismo plan o proyecto unitario, pueda aparecer en distintas formaciones sociales. Y de ahí también que, en sociedades complejas y evolucionadas, los comportamientos de acoso puedan surgir en distintos ámbitos de la vida social, desde la familia a los lugares de trabajo, desde la política a las relaciones de vecindad, y desde los centros de enseñanza a las tribus urbanas.

En efecto, las diferentes manifestaciones o modalidades del acoso, que como hemos visto varían tanto en lo que concierne a los medios empleados como a los propósitos perseguidos, pueden y suelen aflorar en las relaciones sociales a poco que haya un caldo de cultivo favorable para su desarrollo. En la vida de las sociedades históricas, y particularmente en la vida de las sociedades actuales, que son al mismo tiempo más plurales en su composición y más complejas en su organización o estructura, el caldo de cultivo favorable a las prácticas de acoso no es precisamente lo que suele faltar. Indicaremos a continuación sus principales ingredientes.

Uno de ellos es la polarización hostil de individuos pertenecientes a distintos grupos sociales. Esta polarización en posiciones de enemistad abierta es una situación en las relaciones entre los miembros de diferentes grupos que se puede dar con relativa facilidad. Para convencerse de ello bastará con tener en cuenta, además de una abundante experiencia histórica, que, según estudios antropológicos solventes, la reacción psicológica primaria de los seres humanos no es el impulso de fraternidad universal, sino más bien la distinción o separación —«nosotros» y «los otros»— entre quienes pertenecen y quienes no pertenecen al propio grupo. Sólo a través de la educación y la cultura, en el sentido más amplio de la expresión, se suele superar esta reacción primaria.

Pues bien, de la distinción o separación entre quienes son miembros del grupo y quienes no lo son se da el paso a veces, por diversas circunstancias o acontecimientos, a la polarización hostil. Y, una vez configurados los grupos hostiles, los individuos que pertenecen a ellos se pueden convertir sin gran dificultad en víctimas de prácticas de acoso. Un dato cuantitativo influiría además decisivamente en la mayor o menor frecuencia de las mismas: cuando la dimensión o volumen de los grupos hostiles señala una di-

ferencia clara entre grupos mayoritarios y minoritarios, la probabilidad de las prácticas de acoso a los miembros de estos últimos por parte de los primeros es bastante elevada.

Otro de los ingredientes típicos del caldo de cultivo favorable a las conductas de acoso es la desigualdad de poder en las relaciones interpersonales, que es un elemento consustancial de todas las sociedades, incluidas desde luego las que se asientan sobre el principio de igualdad jurídica. Las fuentes de diversidad o desigualdad de poder son, como se sabe, muy diversas. Una de ellas es la fuerza física, otra la fortaleza psicológica, otra el atractivo personal, otra el poderío económico, otra la dotación de información y de conocimiento, otra la posición en la jerarquía social, otra la potestad que atribuyen determinadas relaciones jurídicas, y otra en fin, sin ánimo de ser exhaustivos, la capacidad de persuasión o de influencia en la opinión pública.

Afortunadamente, estas distintas fuentes no asignan el poder o la influencia siempre a las mismas personas o clases de personas. Por uno u otro procedimiento, los diferentes recursos de poder son repartidos o distribuidos desigual pero no unilateralmente entre los individuos que integran una determinada formación social. También por fortuna, salvo para los partidarios del darwinismo social, el ordenamiento jurídico predispone, en el marco de determinadas relaciones sociales, mecanismos encaminados a reequilibrar o compensar las posiciones de poder resultantes del desenvolvimiento de dichas relaciones dejadas a su libre curso. De todas maneras, sea cual sea la fuente de poder que haya generado su situación, una posible tentación del poderoso es abusar de su superioridad. Y una de las formas posibles de abuso de superioridad es el acoso a quien, poniendo en la balanza todos los medios o recursos de poder disponibles, se encuentra en posición de inferioridad respecto a él.

3. LAS RELACIONES DE TRABAJO COMO ÁMBITO DE PRÁCTICAS DE ACOSO

Las relaciones de trabajo constituyen un sector de la vida social donde las prácticas de acoso pueden surgir con cierta facilidad. De ahí el interés preferente del legislador por el acoso laboral, que no es el único que ha sido objeto de normas específicas de rechazo, pero sí aquél donde tales normas se han prodigado más. Si bien se mira, las razones que explican el actual protagonismo legislativo del acoso en el trabajo tienen bastante que ver con varios de los caracteres de esta práctica social analizados en el apartado anterior.

En primer lugar, las conductas de acoso son conductas de hostigamiento o asedio con arreglo a un plan o propósito, y en cuanto tales anidan con mayor facilidad en aquellas relaciones sociales de cierta duración y conti-



nidad. Normalmente, no se puede acosar a una persona con quien se tiene un contacto ocasional o efímero, sino a aquellos individuos con los que se mantiene una relación que genera un contacto frecuente o continuado de cierta duración. Éste es, como resulta obvio, el caso de las relaciones de trabajo, donde se cumple en plenitud este presupuesto o requisito previo de las prácticas de acoso.

En segundo lugar, como es bien sabido, las relaciones de trabajo son relaciones asimétricas, en las que los sujetos que las protagonizan cuentan con recursos o fuentes de poder claramente desiguales. Tal desigualdad afecta tanto al poder económico o recursos materiales como a las facultades jurídicas o instrumentos institucionales. Por un lado, el empresario suele ser más fuerte que el trabajador desde el punto de vista económico, al contar no sólo con su dotación personal de cualificación profesional o capital humano, sino también con la titularidad de los medios de producción o bienes de capital. Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, el empresario ostenta en la relación de trabajo una posición institucional de prevalencia, al disponer de facultades de dirección y disciplina, que se corresponden con una posición subordinada del trabajador a su servicio.

Nótese que, respecto a ambas clases de recursos materiales e institucionales, la balanza de poder en las relaciones de trabajo se inclina unilateralmente del lado del empresario. De ahí que pueda decirse con toda razón que, salvo excepciones, el empresario es un contratante fuerte en la relación de trabajo, mientras que el trabajador es en la misma el contratante débil. Un rasgo más de la relación individual de trabajo nos interesa destacar: las posiciones de desigualdad de fuerza contractual apreciadas en ella concurren tanto en el momento de la celebración del contrato, donde prima la ventaja de poder económico en favor del empresario, como a lo largo de la ejecución del mismo, donde el principal aunque no único factor de desigualdad son las facultades de dirección y disciplina del empresario.

La superioridad del empresario en las relaciones laborales, unida a que éstas dan lugar normalmente a un contacto continuado y prolongado con el trabajador, proporcionan sin duda un ambiente propicio a las prácticas de acoso. No hay que pensar, sin embargo, que dichas prácticas sean moneda corriente en todos los centros de trabajo. En primer lugar, las víctimas potenciales no se encuentran enteramente indefensas frente a las mismas. Y por otra parte las personas que ocupan la posición de empleador o empresario ni suelen ser moralmente irresponsables, ni tienen una propensión mayor que el resto de los humanos a hostigar o asediar a sus subordinados. Lo que queremos decir es que, sin aventurar ningún cálculo de probabilidad o cifra de frecuencia, la suma de superioridad jurídica y predominio económico del empresario en las relaciones de trabajo facilita una de las conductas típicas de acoso, que es el acoso «vertical», es decir, el ejercitado por

una persona que ostenta una posición de jerarquía respecto de la persona o personas que le están subordinadas.

Otro importante factor de prácticas de acoso concurre también en las relaciones de trabajo. Nos referimos a que tales relaciones se desarrollan normalmente en el marco de grupos o colectivos de personas, y a que tales grupos humanos son a menudo bastante heterogéneos en su composición. Esta heterogeneidad se ha acentuado además con la incorporación en masa al trabajo de mujeres y de trabajadores extranjeros. Pues bien, la convivencia prolongada en grupos de trabajo jerarquizados y de composición heterogénea puede generar ocasiones de acoso individual, y puede dar lugar además a coaliciones para el acoso colectivo o acoso de grupo. Es este último un tipo de conducta de acoso en el trabajo que se distingue claramente del acoso vertical descendente que pueden ejercer sobre el trabajador el empresario o sus representantes, tanto por la fuente de poder en que se apoya como por el sentido o trayectoria de las prácticas de hostigamiento o asedio en que consiste.

La fuente de poder del acoso colectivo es la fuerza del grupo que se coaliga o conspira para producir daño a la víctima. El sentido o trayectoria de esta clase de acoso puede ser o bien «horizontal», si se practica contra compañeros de trabajo, o incluso vertical ascendente, si la víctima es un cargo directivo o la propia persona del empresario. El art. 54.2.g) ET sobre despido por acoso discriminatorio «al empresario o a las personas que trabajan en la empresa» se refiere claramente a esta doble trayectoria de estas conductas de acoso.

No parece arriesgado suponer que el acoso vertical ascendente contra los directivos a de la empresa o contra la propia persona del empresario es una modalidad poco frecuente. En circunstancias normales, el poder económico y las facultades de dirección y disciplina del empresario y sus representantes son suficientes para hacer frente con éxito a un eventual plan de acoso, neutralizando la fuerza del grupo que lo pone en práctica e impidiendo incluso que un proyecto de esta clase sea intentado o considerado viable. Pero, aunque se produzca más raramente, la posibilidad del acoso vertical ascendente no debe ser descartada. La práctica jurisdiccional reciente ofrece un ejemplo señalado de este supuesto en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de abril de 2003.

4. ACOSO SEXUAL, ACOSO DISCRIMINATORIO Y ACOSO MORAL O PSICOLÓGICO: DIFERENCIAS Y COINCIDENCIAS

Con el denominador común del maltrato o vejación, las prácticas de acoso persiguen, como hemos visto en un apartado anterior, finalidades

emparentadas entre sí aunque no exactamente coincidentes, que son la imposición de una conducta o decisión a la víctima, la exclusión de la misma del disfrute de derechos o ventajas y el menoscabo psicológico de la persona afectada. Otro elemento de diversificación de los comportamientos de acoso es la índole de actos en que se materializa, que unas veces pertenecen a la categoría de los actos de hostigamiento (molestias, burlas, incitaciones o provocaciones insistentes) y otras veces a la de los actos de persecución o asedio (Diccionario RAE: «importunar a alguien sin descanso con pretensiones»). La combinación de estos distintos factores ha dado lugar a la formación de tres clases o modalidades típicas de conductas de acoso, que son, como también hemos apuntado, el acoso sexual, el acoso discriminatorio y el acoso moral o psicológico.

El *corpus* o tipo de comportamiento en que consiste el acoso sexual corresponde unas veces a los actos de cerco o asedio y otras a los actos de hostigamiento. Como ha señalado la sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999, las armas de que se puede valer el acosador sexual son la extorsión, la amenaza o simplemente la insistencia reiterada generadora de una situación objetivamente incómoda o humillante (acoso «ambiental»). El *animus* de la conducta de acoso sexual es, obviamente, forzar la voluntad de la persona acosada para que ceda a los requerimientos del acosador. Como se dice en una definición inglesa, el acoso sexual consiste en una *unwanted sexual advance*; ha de haber una iniciativa de relación sexual, y tal iniciativa debe ser indeseada y no consentida por la destinataria o el destinatario.

Es claro que el acoso sexual puede producirse en distintos contextos sociales. Cuando su escenario son los centros de trabajo y sus protagonistas los empresarios y trabajadores, el acoso puede trazar normalmente dos trayectorias distintas; una que va: del empresario o sus representantes a un trabajador o trabajadora, y otra de un compañero de trabajo a otro. Como se verá más adelante, en el ordenamiento vigente la implicación del empresario en las prácticas de acoso puede ser doble: a título de sujeto activo, o por su condición de responsable de la empresa a quien se atribuyen facultades de dirección y control de las personas que trabajan a su servicio. En tal concepto, el empresario debe ejercitar lo que se ha llamado su «facultad de policía» para poner coto a prácticas de acoso en el seno de la organización de trabajo, no estándole permitido adoptar una conducta pasiva o de omisión ante las mismas.

La noción legal del acoso discriminatorio se encuentra en el art. 28 de la Ley 63/2003, que construye el concepto sobre la base de dos notas o elementos. La primera nota es la relación de la conducta de acoso con los ya mencionados motivos específicos de discriminación enunciados en la propia ley (origen étnico, edad, creencias, discapacidad, orientación sexual). La segunda se refiere a la finalidad o propósito de la conducta de acoso, que es

«atentar contra la dignidad» del acosado y «crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo para el mismo». Aunque la ley no lo diga, es lógico pensar, por exigencia de la interpretación gramatical, que el tipo de actuación en que consiste el acoso discriminatorio ha de pertenecer a las categorías señaladas del hostigamiento o de la persecución o asedio.

Tal como resulta de la definición legal, el acoso discriminatorio es una clase o modalidad de conducta acosadora que tiene un radio de acción muy amplio. A diferencia de lo que sucede con el acoso sexual, el legislador no establece precisiones sobre el *corpus* o actuaciones materiales en que consiste, prescindiendo incluso de mencionar los términos que suelen designarlas. Tampoco es muy explícito el legislador sobre el *animus* o finalidad del acoso discriminatorio, que prefiere describir de manera genérica, sin descender a la expresión de propósitos más concretos, como la imposición, la exclusión o el daño psicológico.

El único rasgo distintivo de esta clase de acoso es, por tanto, el móvil del acosador de trato desigual a la víctima por concurrir en ella alguna de las características o condiciones personales expresadas. No puede extrañar por ello que la incorporación al ordenamiento jurídico del acoso discriminatorio haya venido de la mano no de disposiciones dedicadas primariamente a las prácticas de acoso, sino de disposiciones de expansión y reforzamiento de la lucha contra la discriminación en el empleo y en las relaciones de trabajo. Tal efecto de reforzamiento se produce en el plano procesal, al entenderse que la conducta de maltrato o vejación a una persona perteneciente a alguno de los grupos objeto de protección especial constituye discriminación por sí misma, sin necesidad de aportar prueba de trato diferente respecto de un término de comparación (*tertium comparationis*). Desaparece así el requisito de «alteridad» que caracteriza en el supuesto general a la actividad probatoria de la discriminación.

Mientras el acoso sexual y el acoso discriminatorio se mencionan expresamente en la legislación laboral reciente, el acoso moral o psicológico es hasta ahora una creación de la práctica jurisdiccional, donde ha irrumpido con cierta fuerza ya entrados los años dos mil. De todas maneras, como ya hemos indicado, un proyecto de ley de reforma del Código Penal actualmente en trámite parlamentario se refiere expresamente a esta modalidad de acoso, que encuentra también un punto de apoyo legal en la referencia al «acoso» sin más calificativos de la redacción vigente del art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). El término *mobbing* con que se le conoce revela que estamos ante una importación de los ordenamientos anglosajones.

A diferencia del acoso discriminatorio, el acoso moral o psicológico se caracteriza por la inexistencia de trato desigual relacionado con los motivos enunciados expresamente en la ley. El propósito dañino en esta clase de acoso es más abstracto y azaroso, pudiendo responder a causas o motivaciones



persecutorias muy diversas; desde la simple antipatía personal hasta la lucha por posiciones de poder en la empresa, pasando por la venganza o la represalia o las inclinaciones psicopáticas del acosador. En cualquier caso, al igual que las otras modalidades reseñadas, el acoso moral se caracteriza por actuaciones efectivas de hostigamiento o asedio, y no por la mera existencia de un conflicto de poder, o de una «cuenta pendiente», o de la falta de sintonía en el trato personal.

Las finalidades o propósitos del *mobbing* son las ya indicadas de imponer una conducta o decisión al acosado, o de excluirlo del disfrute de ventajas o derechos, o sencillamente de inferirle el daño psicológico del sufrimiento o de la pérdida de autoestima. Los medios o instrumentos para llevarlo a la práctica son los ya indicados: abuso de los poderes de dirección y disciplinario, conductas ofensivas más o menos encubiertas y planes colectivos de «guerra psicológica». La enunciación de estos medios revela que la identificación de víctimas y victimarios en el acoso moral no se corresponde necesariamente con las posiciones respectivas de empresarios y trabajadores; puede haber acoso moral o psicológico del empresario o sus representantes a uno o varios trabajadores, y también acoso moral colectivo de signo inverso o entre compañeros de trabajo.

5. CLÁUSULAS NORMATIVAS GENERALES DE PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO: DEBER DE TRATO DIGNO Y PROSCRIPCIÓN DEL ABUSO DE DERECHO

Si se está conforme en líneas generales con las elementales explicaciones psicológicas y sociológicas esbozadas en apartados anteriores, no será difícil compartir la conclusión ya adelantada de que el acoso en el trabajo no es un fenómeno peculiar de la época presente, y menos aun una moda de los últimos años, sino una realidad que ha aparecido también en otras épocas históricas. Víctimas y victimarios de acoso en las relaciones sociales y en las relaciones de trabajo ha debido haber siempre o casi siempre; al menos desde que existen sociedades de una mínima complejidad en su composición y en su ordenación jurídica.

Esta presencia potencial de conductas de acoso en distintas épocas explica a su vez un dato legal que también se ha apuntado ya: los ordenamientos jurídicos anteriores a la legislación específica en la materia no estaban enteramente desprevenidos frente a las conductas de acoso. No lo estaba en todo caso el Derecho laboral español, como vamos a ver a continuación. La verdadera novedad de la regulación de la materia es, por tanto, la previsión de normas específicas de protección frente al acoso en sus distintas mani-

festaciones y modalidades. Las normas genéricas o cláusulas normativas generales de prohibición y represión de tales prácticas existían ya hace tiempo, y, como era de esperar, no han desaparecido del complejo sistema de principios y reglas en que consiste el ordenamiento vigente en la materia.

¿Cuáles son estas cláusulas normativas generales que se encargaban en el ordenamiento laboral (hasta hace muy poco tiempo en exclusiva), y se siguen encargando ahora (en concurrencia con normas específicas) de proteger frente a las distintas clases de acoso en el trabajo? ¿Qué papel desempeñan en la actualidad dichas normas genéricas? ¿Qué aportan las normas específicas incorporadas recientemente a los instrumentos jurídicos de protección o represión de estas prácticas patológicas?

La identificación de las normas generales de rechazo del acoso en el trabajo no es tarea muy complicada; basta seguir algunas pistas fácilmente localizables. Una de ellas es la ubicación sistemática de las normas específicas recientemente aprobadas sobre el acoso en el trabajo. Otra pista, que confluye en seguida con la anterior, es la que proporcionan los preceptos relativos a la protección contra el maltrato y la vejación en las relaciones de trabajo. En fin, en la medida en que el acoso consiste muchas veces en el abuso de superioridad o de posición dominante, y en la medida en que entre las fuentes posibles de superioridad o posición dominante se encuentran como se ha visto los poderes jurídicamente configurados, una tercera pista sobre las normas genéricas de protección contra las conductas de acoso laboral es la que lleva a los diversos preceptos del ordenamiento jurídico que proscriben el abuso de derecho.

Utilizando la primera de estas claves, cabe afirmar que la protección genérica contra el acoso en el trabajo se podía dispensar antes de las reformas recientes en la materia por dos cauces distintos. En primer lugar por mediación del derecho del trabajador a un trato digno, y en segundo lugar por mediación de la represión de las faltas del trabajador consistentes en ofensas verbales o físicas al empresario o a los compañeros de trabajo. El deber del empresario de dispensar un trato digno al trabajador a su servicio está reconocido en el ordenamiento vigente, como se ha visto, en el art. 4.2.e) ET. Pero antes de la Ley 8/1980 que aprobó la redacción inicial del Estatuto de los Trabajadores, el art. 75.6.º de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 se refería ya expresamente a este deber, que comprende desde luego la prohibición de cualesquiera conductas de acoso laboral vertical.

Por otra parte, en dirección opuesta, la consideración como incumplimiento del trabajador en el art. 54.2.c) ET de las «ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos» incluye la proscripción de determinadas formas de acoso por parte de los trabajadores, que son aquellas que se llevan a efecto mediante un comportamiento ofensivo tanto «físico» como «verbal». Los



antecedentes legales del precepto contenido en la actualidad en el art. 54.2.c) ET se remontan no sólo a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (art. 77.c., que hablaba de «malos tratamientos de palabra u obra»), sino más allá, a la versión original de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (art. 89.6.^a, que mencionaba ya dichos «malos tratamientos de palabra u obra» del trabajador hacia el empresario u otros compañeros de trabajo).

Un instituto jurídico tradicional en nuestro derecho donde se concreta el deber de trato digno del empresario hacia el trabajador es la resolución indemnizada del contrato de trabajo por voluntad de este último. Tal causa de extinción ha sido reconocida también en las sucesivas versiones de 1931 y 1944 de la Ley de Contrato de Trabajo, y se encuentra regulada hoy en el art. 50 ET. En dicho art. 50 ET la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo por decisión unilateral del trabajador, con «derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente», está prevista, con una fórmula que evoca entre otros posibles comportamientos el de acoso en el ejercicio del poder de dirección, para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo «que redunden ... en menoscabo de su dignidad». La misma potestad de resolución del contrato de trabajo se atribuye también al trabajador, con una fórmula más general, para reaccionar frente a cualquier «incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario».

Este enunciado legal genérico comprende sin lugar a dudas los incumplimientos graves por parte del empresario del deber de trato digno al trabajador en todos los aspectos de la relación de trabajo, incluidos aquellos incumplimientos del deber de trato digno que consistan en hacer víctima al trabajador de un plan de acoso. Es más: uno de los supuestos clásicos de la causa de extinción del contrato de trabajo regulada actualmente en el art. 50 ET es lo que tradicionalmente se ha venido llamando «despido indirecto», consistente en someter al trabajador a una situación ambiental difícilmente soportable; con el despido indirecto se trata, en suma, por utilizar la expresión coloquial, de «hacer la vida imposible» al trabajador con propósito de que abandone el trabajo. Así, pues, las conductas que antes se denominaban metafóricamente despido indirecto vienen a coincidir totalmente o en gran parte con una de las formas de acoso laboral que se distinguen ahora: el acoso moral o psicológico.

Además de las anteriores, la víctima acosada puede utilizar también otra vía de reacción, que es la denuncia de abuso de derecho. Esta vía es practicable frente a aquellas formas de acoso que se llevan a efecto por medio del ejercicio desviado de derechos o potestades reconocidos institucionalmente, como son, en lo que concierne al acoso laboral, los poderes de dirección y disciplina del empresario. Claro está, tal denuncia se puede plantear también, aunque no nos corresponde entrar en ello, respecto de las conductas

de acoso en otras relaciones sociales llevadas a cabo por medio de poderes jurídicos reconocidos.

Como es sabido, el ordenamiento español, tanto en la legislación sustantiva como en la legislación procesal, ha reservado un amplio espacio a este límite natural del ejercicio de los derechos. Por su carácter general y común, el precepto sustantivo más importante sobre el abuso de derecho en las relaciones entre particulares es el art. 7 del Código Civil (CC), que descarta el «amparo legal» para el «abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo», previendo además frente al ejercicio abusivo tanto una tutela resarcitoria («correspondiente indemnización») como una tutela inhibitoria («adopción de las medidas judiciales y administrativas que impidan la persistencia en el abuso»).

El precepto procesal homólogo al art. 7 CC es el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que establece también con carácter común el deber de los tribunales de rechazar fundadamente «las peticiones, incidentes o excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho». El art. 75 de la Ley de Procedimiento Laboral contiene un precepto similar al general o común de la LOPJ, si bien no exige para el rechazo de las reclamaciones abusivas que el abuso sea manifiesto. No parece difícil encajar en estos preceptos el acoso u hostigamiento procesal que carezca de manera evidente de todo fundamento, siempre, desde luego, que se respeten los exigentes requerimientos del derecho a la tutela judicial efectiva.

6. RESEÑA Y CATALOGACIÓN DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN CONTRA LAS DISTINTAS CLASES DE ACOSO EN EL TRABAJO

Las normas específicas de protección contra el acoso en el trabajo se refieren hoy por hoy, como ya se ha señalado, unas al acoso sexual y otras al acoso discriminatorio. El acoso moral o psicológico no ha sido tipificado todavía por el legislador, aunque es probable que lo sea pronto. Dentro de estas normas específicas, algunas pertenecen a la legislación sustantiva de trabajo. Es el caso de la concreción del deber de trato digno establecido en el art. 4.2.e) ET, que comprende desde una modificación legislativa de 1989 la protección contra el acoso sexual, y desde la Ley 67/2003, la protección contra el acoso discriminatorio. Pero la mayor parte de las normas específicas contra el acoso en el trabajo pertenecen a la llamada «legislación adjetiva», que tiene por objeto la exigencia o garantía efectivas de los deberes y derechos reconocidos en las normas sustantivas. Los dos mecanismos principales de la legislación adjetiva son, como es sabido, la garantía jurisdiccional y las normas sancionadoras.

Una parte muy significativa de las normas específicas contra el acoso corresponde al ordenamiento punitivo. Así sucede con las disposiciones penales, que también reseñamos al principio de esta exposición, sobre determinados supuestos cualificados de acoso sexual o de discriminación. Y así sucede también con las normas que tipifican y sancionan como infracción administrativa muy grave del empresario o sus representantes el acoso discriminatorio (art. 8.13. bis LIS) y el acoso sexual «cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma» (art. 8.13. de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social —LIS—). Adviértase que este último precepto castiga tanto el acoso sexual practicado por el empresario como sujeto activo, como el acoso sexual practicado en la empresa por sujetos distintos, respecto del cual el empresario no adopta las medidas necesarias de prevención o represión que están a su alcance.

En lo que concierne a la garantía jurisdiccional, la protección frente al acoso en el trabajo se ha reforzado considerablemente en la importante reforma del art. 181 LPL llevada a cabo por la Ley 63/2003, a la que quizás no se haya prestado todavía toda la atención que merece. De acuerdo con esta modificación legislativa, la garantía jurisdiccional de la «prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso» se ha de tramitar conforme a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales en la jurisdicción social. Si bien se mira, esta norma procesal refluye sobre las propias normas sustantivas; de ella se desprende lógicamente que, de acuerdo con la interpretación del legislador, la conducta de acoso constituye lesión de derechos fundamentales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de indicar algunos de los muy importantes efectos de la innovación legislativa que supone la actual redacción del art. 181 LPL en una muy reciente sentencia de 17 de mayo de 2006, dictada en un litigio de acoso moral o psicológico. Bástenos señalar aquí que, como pone de relieve esta resolución, con la referida modificación legislativa se refuerza notablemente la posición del trabajador, implicando al Ministerio Fiscal como parte en el proceso en la depuración de posibles conductas delictivas (art. 175.3 LPL), exigiendo una tramitación del procedimiento con carácter urgente (art. 177.1 LPL), y dispensando en suma una protección jurisdiccional completa, que comprende la tutela inhibitoria (art. 178.1 LPL) y la tutela resarcitoria (art. 180.1 LPL), sin obligar al trabajador a pagar por esta última el precio de la resolución del contrato de trabajo.

Una última disposición que, con un criterio amplio, se podría incluir en la lista de normas específicas de protección contra el acoso laboral es el Acuerdo Marco Europeo de 2004 sobre el estrés en el trabajo. Según este Acuerdo el empresario ha de considerar el estrés en el trabajo como riesgo

para la salud de los trabajadores, y ha de analizar las causas de estrés, entre las que se encuentran desde luego las distintas clases o modalidades de acoso, en las evaluaciones de riesgos laborales en la empresa. Aunque cuente con medios de exigencia de su cumplimiento muy limitados, este Acuerdo marco puede tener un valor persuasivo o demostrativo nada desdeñable para la negociación colectiva.

7. FUNCIONES RESPECTIVAS DE LAS NORMAS GENERALES Y DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS DE PROTECCIÓN CONTRA EL ACOSO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Los preceptos examinados en un apartado anterior sobre el abuso del derecho y el deber de trato digno son los más significativos, pero tal vez no los únicos, que contienen cláusulas normativas generales utilizables para defenderse o para reaccionar frente al acoso en el trabajo. De todas maneras, no nos interesa en esta presentación panorámica llevar a cabo una indagación y reseña exhaustivas de tales normas genéricas. Para el propósito de nuestro estudio tiene seguramente más utilidad el análisis del papel o función que estas normas han desempeñado en el ordenamiento laboral. El conocimiento del contenido y de la función de dichas normas puede indicarnos, por contraste, cuál es el papel que han venido a cumplir las normas específicas de protección frente al acoso aprobadas en estos últimos años.

La hipótesis de partida para esta operación intelectual es que, en la lucha contra las prácticas de acoso en el trabajo, las normas específicas han surgido para compensar las insuficiencias de las normas genéricas. Tal hipótesis, que no sería más que una manifestación concreta de la presunción o postulado del «legislador racional», se confirma en nuestro tema de estudio, como se verá. Hay que admitir, no obstante, dicho sea de paso, que el postulado del legislador racional puede fallar y falla a veces. En particular, en la época presente de «leyes desbocadas» y populismo legislativo no suelen faltar por desgracia, en distintas áreas de la legislación, las concesiones a las modas intelectuales o las importaciones institucionales más o menos apresuradas. En la legislación específica contra el acoso en el trabajo, esta veta, si existe, no pasaría de ser una pequeña impureza.

En lo que concierne a la función efectiva de las normas generales contra el acoso en el trabajo, interesa destacar que la eficacia operativa de las mismas ha sido con toda probabilidad bastante desigual. Una buena prueba de ello la encontramos en las sentencias o decisiones judiciales que las han aplicado. Estas decisiones constituyen una fuente de conocimiento muy reveladora, en cuanto que los instrumentos de defensa contenidos en dichas normas genéricas contra el acoso en el trabajo, en particular la



resolución del contrato de trabajo y la protección contra el abuso de derecho, requieren siempre o casi siempre la intervención de los tribunales de justicia.

Pues bien, si nos atenemos al indicador de la aplicación jurisdiccional, apenas hay huellas de la utilización del abuso de derecho por parte de las víctimas de acoso laboral, mientras que la resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador sí parece haber sido un instrumento eficaz frente a las prácticas equivalentes que antes se conocían como «despido indirecto». La explicación de este fenómeno no parece especialmente misteriosa, asentándose en un dato sociológico bien conocido, que es la muy distinta propensión a la reclamación de los derechos según el contrato de trabajo esté en vigor o haya concluido.

Ciertamente, según revela la experiencia de diferentes épocas y países, mientras dura la relación de trabajo los trabajadores son reticentes en la defensa de sus intereses mediante denuncias o acciones individuales. De ahí que la reacción del trabajador frente al acoso practicado en el marco de un contrato de trabajo que el propio trabajador quiere mantener en vida, aunque no sea impracticable, ha de sobreponerse a poderosos mecanismos de inhibición. Bien es verdad que la defensa contra el acoso puede provenir no sólo del trabajador acosado, sino también de sus representantes comunes o colectivos, a los que nuestra legislación administrativa y procesal laboral reconoce un amplio campo de juego. Y no es menos cierto que la denuncia individual del acosado mantiene en parte su efectividad, cuando el acoso no procede de la persona del empresario sino de los compañeros de trabajo o de los mandos intermedios. Pero el carácter insidioso y larvado de las conductas de acoso hace pensar que la especial dificultad de reaccionar eficazmente frente a él en el curso de la relación de trabajo se da también en estos supuestos o circunstancias.

En cambio, la reticencia a reclamar o defender derechos frente al empresario suele desaparecer del todo, dando paso a una fuerte propensión al litigio, desde el momento en que el contrato de trabajo se ha extinguido o está abocado inevitablemente a la extinción. No hay ninguna razón para pensar que esta tendencia a la litigiosidad no se produzca en los supuestos de acoso en el trabajo. Parece plausible más bien lo contrario: una vez que el trabajador ha decidido desvincularse del contrato de trabajo por esta causa, lo lógico es que utilice con todas sus consecuencias la vía de la resolución indemnizada que regula el art. 50 ET, en lugar de la dimisión simple sin indemnización del art. 49.1.d) ET. Un trabajador que ha sido víctima (o cree haber sido víctima) de acoso, y que por tal razón decide dar por terminada la relación de trabajo, tiene normalmente sobrados motivos económicos y psicológicos para denunciar al real o supuesto victimario, exigiéndole el abono de la correspondiente indemnización.

Una conclusión de gran interés para nuestro estudio se desprende de las anteriores consideraciones sobre la importancia desigual de la resolución indemnizada y del abuso de derecho en la defensa del trabajador frente a conductas de acoso en el trabajo. La siguiente: las normas genéricas pueden dispensar una protección resarcitoria o indemnizatoria eficaz al trabajador acosado, pero el precio que éste ha de pagar por esta forma de tutela jurídica es nada más y nada menos que la pérdida del puesto de trabajo. Se trata a todas luces de un precio muy elevado; excesivamente elevado si, como ocurre con mucha frecuencia, la situación del mercado de trabajo no hace prever una reinserción fácil del trabajador acosado en otro empleo o en otra actividad profesional.

A dispensar una tutela jurídica más efectiva y menos costosa para el trabajador se encaminan precisamente las normas específicas contra el acoso en el trabajo de contenido sancionador que han aparecido en estos últimos años. Además de reprimir comportamientos que merecen un reproche social severo, la función de estos preceptos punitivos es disuadir a los posibles responsables de tales conductas, suscitando en ellos una fuerte motivación, por su propio interés, para prevenirlas o evitarlas. A la tutela resarcitoria que proporciona el art. 50 ET se une así la tutela preventiva del acoso. Esta forma de protección tiene la ventaja de que, si se cuenta con una vigilancia eficaz de las infracciones, puede influir en que de un lado se evite en la fuente el riesgo de acoso, y de otro lado, si el acoso ya se ha producido, el trabajador acosado obtenga protección sin necesidad de extinguir la relación de trabajo.

En la misma línea de reforzar los instrumentos de protección contra el acoso en el trabajo se inscriben los preceptos procesales sobre dispensación a las víctimas de la tutela de los derechos fundamentales. Se trata con ello de allanar el camino de la reclamación frente al acoso, que está, como se ha visto, erizado de toda clase de dificultades. Un lugar destacado, dentro de estas ventajas compensatorias, la limitación a la prueba de indicios de la carga probatoria del acosado y la facilitación de la prueba del acoso discriminatorio respecto del supuesto común o general de discriminación.

8. LA CONJUNCIÓN DE LAS NORMAS GENERALES Y DE LAS NORMAS ESPECÍFICAS CONTRA EL ACOSO EN EL TRABAJO: BALANCE PROVISIONAL

Una vez que hemos procedido a la identificación de las funciones desempeñadas por los distintos preceptos sobre el acoso en el trabajo, estamos en condiciones de efectuar un balance de la protección contra el mismo en el ordenamiento vigente. Se trata de un balance provisional, teniendo en



cuenta que la legislación y la jurisprudencia específicas en la materia son recientes y todavía no parecen haber alcanzado estabilidad o asentamiento.

El primer resultado que arroja este balance provisional es que las normas generales y las normas específicas de protección contra el acoso laboral en el trabajo cumplen, como era de esperar, funciones normativas distintas y complementarias. Unas y otras se suman en la defensa de las víctimas de estas prácticas patológicas en el ámbito de las relaciones de trabajo. Es más, las normas generales no sólo siguen teniendo vigencia, al no haber sido derogadas o sustituidas por las específicas, sino que ocupan un lugar sistemático destacado en el conjunto; tendremos ocasión de comprobarlo en seguida.

Además del efecto de suma o adición, la aparición reciente de las normas específicas contra el acoso en el trabajo va a producir o ha producido ya un efecto sinérgico en el entero grupo normativo. En efecto, dichas normas, aparte de reforzar considerablemente los medios de protección, han generado seguramente una mayor predisposición en la defensa de los trabajadores (y también, a veces, del personal de dirección) frente a las conductas de acoso. El mecanismo psicológico de la percepción selectiva opera también a veces en la vida jurídica. Al singularizar una patología social ésta se convierte en más visible, y al ser más visible o distinguible no sólo se facilita la lucha contra ella mediante una regulación más ajustada a sus rasgos particulares, sino que se genera una mayor sensibilidad y una actitud más decidida de resistencia hacia la misma. La frecuencia notablemente mayor en los últimos años de reclamaciones judiciales que denuncian acoso en el trabajo responde muy probablemente a lo que acabamos de decir.

La conjunción de normas generales y normas específicas de acoso en el trabajo ha dado lugar a otro interesante proceso de reajuste de los papeles respectivos. Los preceptos generales sobre el deber de trato digno y sobre la prohibición del abuso de derecho, además de cumplir la función normativa que les corresponde como disposiciones en vigor, pueden desempeñar, y seguramente van a desempeñar, precisamente por su generalidad o nivel de abstracción, una función sistemática respecto de las conductas de acoso, orientando sobre los derechos y bienes jurídicos afectados.

Esta función sistemática tiene especial interés respecto de la clase o modalidad de acoso que está más desprovista de tratamiento legal, que es el acoso moral o psicológico. En el acoso sexual parece claro que el derecho o bien jurídico protegido es la libertad del acosado o acosada. En el acoso discriminatorio el derecho lesionado es siempre, aunque no siempre en exclusiva, el de no ser víctima de trato discriminatorio. En el acoso moral o psicológico la calificación no es tan clara, probablemente porque hay muchas variedades del mismo, que pueden dar lugar a violaciones de distintos derechos. La pista que proporciona el deber de trato digno apunta en esta



dirección, ya que la dignidad de la persona se proyecta sobre el conjunto de «los derechos inviolables que le son inherentes» (art. 10.1 de la Constitución).

Hay que concluir, por tanto, que el balance provisional de la incorporación a nuestro ordenamiento de normas específicas contra el acoso en el trabajo es netamente positivo, habida cuenta que éstas han producido un efecto de revitalización de las normas generales, que a su vez pueden desplegar un saludable efecto sistemático sobre la nueva normativa.

De todas maneras, se tiene la impresión de que las expectativas depositadas en la protección contra el acoso en el trabajo, en particular contra el *mobbing*, han sido a veces desmesuradas. El acoso moral o psicológico es un tipo de comportamiento persecutorio muy particular, que no se puede confundir con cualesquiera situaciones de tensión o conflicto en la empresa; en ocasiones es percibido o denunciado por la supuesta víctima sin que responda a la realidad de los hechos; y en todo caso requiere un esfuerzo probatorio considerable por parte del acosado, incluso con la regla de reparto de la carga de la prueba del art. 179.2 LPL, que limita la exigencia de aportación de la víctima a la demostración de indicios.





LA PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

VICENTE-ANTONIO MARTÍNEZ ABASCAL

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

EXTRACTO

La carencia de una regulación específica del acoso moral en el trabajo (AMT) no ha impedido el despliegue de una tutela jurídica de este tipo de acoso desde distintos planos del ordenamiento (laboral, de Seguridad Social, administrativo y penal). Pero esa tutela presenta notables insuficiencias. De un lado, no ha podido zafarse del lastre de la indefinición legal, lo que se traduce en una indeseable falta de homogeneidad y de seguridad de la respuesta protectora. De otro, ha mutilado la función que habría de cumplir la negociación colectiva, complementando y suplementando las prescripciones de aquélla, desde la óptica protectora y desde el indispensable ángulo preventivo.

El estudio ofrece un concepto de AMT que pueda colmar su falta de noción legal, contribuyendo a reconducir con criterios homogéneos la lógica dispersión que arroja la jurisprudencia y la negociación colectiva, actuando al tiempo como técnica de protección extrajudicial frente a esta clase de acoso. Todo ello teniendo en cuenta que este acoso conforma una conducta pluriofensiva severamente dañosa de bienes jurídicos cardinales del trabajador, que erosiona su dignidad y su integridad moral, sin perjuicio de la eventual producción de otros daños psíquicos y físicos, frecuente aunque no necesaria para conformar aquel concepto.

Tras ello, el estudio se adentra en el análisis de las mencionadas técnicas, bajo la convicción de la insuficiente tutela, tanto contractual como estructural, proporcionada por sí sola mediante la vía jurisdiccional para evitar o atajar la conducta antijurídica en esta modalidad del acoso, sin que esta tutela sea incompatible con la que brindan aquellas otras técnicas. Se examina, en primer lugar, la técnica preventiva en cuanto mecanismo primario óptimo para evitar o mitigar la protección extrajudicial frente al AMT, considerando la prevención su fundamento teórico y su asiento normativo, las principales medidas preventivas a adoptar y el tratamiento que la negociación colectiva dispensa. Las técnicas reactivas para articular la referida protección son estudiadas en segundo término, puesto que éstas se activarán cuando los mecanismos preventivos no hayan dado los resultados apetecidos. Estas técnicas extrajudiciales de orden reactivo actuarán de consuno en la mayor parte de las ocasiones.

ÍNDICE

1. EL CONCEPTO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO PRESUPUESTO PARA SU PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL
 - 1.1. El plano de la norma legal: elementos integrantes del concepto de acoso moral en el trabajo
 - 1.1.1. Elemento objetivo
 - 1.1.2. Elemento subjetivo
 - 1.1.3. Elemento finalista
 - 1.4. Elemento locativo
 - 1.2. El plano de la norma legal: la incidencia de determinadas situaciones en el concepto de acoso moral en el trabajo
 - 1.3. El plano de la norma convencional: las carencias del concepto de acoso moral en el trabajo en la negociación colectiva
2. LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO EN RELACIÓN CON SUS CAUSAS Y EFECTOS
 - 2.1. Las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial del acoso moral en el trabajo: su necesidad
 - 2.2. Las causas y los efectos del acoso moral en el trabajo desde la óptica de las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial
3. LA TÉCNICA PREVENTIVA DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO MECANISMO IDÓNEO PARA ELUDIR O ATEMPERAR SU PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL
 - 3.1. La prevención del acoso moral en el trabajo como riesgo laboral
 - 3.1.1. Fundamento conceptual y acomodo formativo
 - 3.1.2. Principales medidas preventivas
 - 3.2. La prevención del acoso moral en el trabajo en la negociación colectiva
 - 3.2.1. Necesidad e indolencia de la regulación convencional
 - 3.2.2. La adopción de códigos de conducta
4. LAS TÉCNICAS REACTIVAS DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO
 - 4.1. La técnica solutoria: los procedimientos de solución extrajudicial del conflicto
 - 4.2. La técnica reparadora
 - 4.2.1. La modificación y restitución de condiciones de trabajo
 - 4.2.2. La restauración de la salud del trabajador
 - 4.2.3. La indemnización de daños y perjuicios
 - 4.3. La técnica sancionadora
 - 4.3.1. Las sanciones laborales
 - 4.3.2. Las sanciones administrativas

1. EL CONCEPTO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO PRESUPUESTO PARA SU PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL

1.1. El plano de la norma legal: elementos integrantes del concepto de acoso moral en el trabajo

Pese a su ya antigua y renovada presencia en la relación de trabajo asalariado, el acoso moral en el trabajo (AMT) carece hasta el momento de una regulación expresa en el ordenamiento laboral, como viene señalando la ju-

risprudencia con reiteración¹, tanto en la norma legal interna como en la comunitaria o en la internacional. Tan sólo un número escaso de convenios colectivos se aventuran, en nuestro ordenamiento, a aportar una noción heteróclita de la figura con finalidad básicamente sancionadora y ocasionalmente preventiva.

La carencia de una regulación específica de la figura no ha impedido, sin embargo, el despliegue de una tutela jurídica de aquel tipo de acoso desde distintos planos del ordenamiento (laboral, de Seguridad Social, administrativo y penal). Pero esa tutela presenta notables insuficiencias. De un lado, porque no ha podido zafarse del lastre que la indefinición legal de la figura comporta, lo que se traduce en el terreno sociolaboral en una indeseable falta de homogeneidad y de seguridad de la respuesta protectora. De otro, habida cuenta de que la ausencia de esa delimitación conceptual desde la ley laboral ha mutilado, al tiempo, la función que, a este respecto, habría de cumplir la negociación colectiva, complementando y suplementando las prescripciones de aquélla, no sólo desde la óptica protectora, sino desde el paralelo e indispensable ángulo preventivo, respecto de una conducta severamente lesiva de bienes jurídicos cardinales del trabajador asalariado.

Estas insuficiencias de la ley laboral aconsejan que el análisis de los distintos cauces que este sector del ordenamiento ofrece para prevenir y tutelar por vía extrajudicial el AMT, haya de ir precedido de la delimitación dogmática del concepto de este tipo de acoso, así como de la consecuente identificación de los bienes jurídicos cuyo menoscabo acarrea la conducta acosadora.

Al socaire de este orden de consideraciones, los enfoques conceptuales desde los que se pueden abordar la noción de AMT son, sin duda, múltiples. Bajo la perspectiva jurídico-laboral, dicha noción, aunque tenga un indudable sustrato psicosocial, no es intercambiable con la que suministran otras ciencias, como la Psiquiatría, la Psicología o la Sociología. Las respuestas que en clave preventiva y protectora brinda el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social cumplen una función jurídica, impregnada sin duda de eticidad, pero dirigida a ahormar las conductas a unas reglas básicas de convivencia instauradas democráticamente por los poderes públicos y por los agentes sociales. Para coadyuvar a esa convivencia, las reglas jurídicas no pueden acoger en todo caso de forma mimética los conceptos y el tratamiento que otras ramas del saber dispensan a figuras o instituciones cuyo estudio comparten. Con alguna frecuencia se sirven de ellos, pero lo hacen para acotar sus propias nociones facilitando así la aplicación e interpretación de aquellas reglas. El olvido de esta elemental considera-

¹ SSTSJ/Cataluña de 21-12-2004 y de 6-9-2005; STSJ/Madrid, de 18-4-2005.

ción metodológica ha supuesto la aceptación en el Derecho del Trabajo de categorías que utilizan otras ciencias a fin de delimitar el concepto de AMT.

De lo anterior se deriva que, en el marco del ordenamiento laboral, el concepto de AMT, aun siendo parcialmente deudor de las aportaciones de otras ciencias sociales, presenta, por las razones a las que luego se acudirá, un perfil propio. En tal sentido, dicho concepto se identifica, a mi juicio, con la conducta de violencia habitualmente psicológica, lesiva de la dignidad y de la integridad moral del trabajador, asalariado o autónomo, que se manifiesta de forma sistemática y reiterada, buscando bien su autoexclusión de la empresa, bien su postración profesional, mediante la degradación de sus condiciones de trabajo. En esta noción pueden apreciarse hasta cuatro elementos básicos, en los que el análisis debe detenerse y que, atendiendo a su complementaria función, pueden calificarse como elementos objetivo, subjetivo, finalista y locativo.

1.1.1. *Elemento objetivo*

Acotar el tipo de conducta calificable como AMT es la función que cumple este elemento. En la definición propuesta, dicha conducta se traduce en la violencia habitualmente psicológica, lesiva de la dignidad y la integridad moral del trabajador, que se manifiesta de forma sistemática y reiterada. Como puede verse en su misma formulación, estamos aquí ante un elemento complejo, integrado, a su vez, por una pluralidad de rasgos, que, aun estando próximos entre sí, son susceptibles de un análisis separado.

A. *Violencia habitualmente psicológica, lesiva de la dignidad y de la integridad moral del trabajador*

a) *Alcance conceptual*

La primera consideración que este rasgo suscita es que la conducta típica del AMT encierra en todo caso una violencia comúnmente psicológica, cualesquiera que sean las plurales manifestaciones en que esa conducta se exteriorice. En este sentido, se han pronunciado tanto la doctrina científica², como un sector de la jurisprudencia³. Esta esencial determinación ob-

² CHAPPELL, D. y DI MARTINO, V.: *Violence at work*. <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/violence/violwk/violwk.pdf>, pág. 2.

³ STS (3.ª) de 10-2-2005, STSJ/Navarra de 31-3-2005 y STSJ/Castilla-La Mancha de 14-4-2005.

jetiva permitiría, desde cierto planteamiento doctrinal, rehusar la expresión AMT y utilizar, en su lugar, la de acoso psicológico laboral, ya que, conforme a ese planteamiento, la intención que persigue el acosador es la de desestabilizar psíquicamente al acosado en el ámbito del trabajo, quedando fuera de su propósito erosionar o corromper su moral⁴, esto es, dismantelar sus convicciones morales.

Ciertamente, si la conducta acosadora tuviera sólo un impacto en el terreno de las convicciones morales nos encontraríamos ante otro tipo de acoso, el discriminatorio, que, en mi opinión, no puede considerarse como una especie del género acoso moral o psicológico⁵, puesto que, pese a compartir algún rasgo con éste, no exige necesariamente una conducta de violencia psicológica, sino la presencia, por determinados motivos, de un trato desigual injustificado o de una desventaja particular derivada de una disposición, criterio o práctica revestidos de aparente neutralidad⁶.

Ahora bien, es importante no perder de vista que la violencia habitualmente psicológica, aunque abrigue la intención de desestabilizar psíquicamente al acosado en el ámbito del trabajo y utilice para ello, de modo usual, modos o vías de maltrato psicológico, supone jurídicamente, ante todo, un atentado a su condición de sujeto moral. Por ello, hay que tener en cuenta que, desde el ángulo de la Psiquiatría, cuando se hace notar que el término «moral» alude más a las consecuencias del acoso que a los medios psicológicos empleados⁷, el foco definitorio de la figura está emplazado en el terreno de la patología psíquica de la persona del trabajador, dejando en un plano secundario, la erosión que esa conducta produce en su dignidad e integridad moral. Como más tarde ha de verse, esa dimensión patológica no

⁴ PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑATE CANTERO, A.: «Mobbing o acoso psicológico en el trabajo en España». En DE ELENA Y PEÑA, J. (Ed.). *Desigualdad social y relaciones de trabajo*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pág. 189. AGUSTÍ MARAGALL, J.: «El acoso moral en el trabajo y su tratamiento jurídico». En CABEZA PEREIRO, J., LOUSADA AROCHENA, J. F. y MOVILLA GARCÍA, M. (Coordinadores): *Las limitaciones de los poderes empresariales y las responsabilidades por su utilización ilegítima*. Comares. Granada, 2000, pág. 142.

⁵ SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GIL GIL, J. L.: «El acoso psicológico en el trabajo». En: *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer*. La Ley. Madrid, 2006, pág. 809.

⁶ Véase, a este respecto lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Directiva 200/78/CE, de 27 de noviembre, del Consejo, por la que se establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo y en la ocupación, en relación lo prescrito en el artículo 4.2, e, ET) sobre las causas que desatan el acoso discriminatorio, elenco causal que no ha concurrir de forma necesaria en el AMT.

⁷ GONZÁLEZ DE LA RIVERA Y REVUELTA, J. L.: «El acoso psicológico y sus dinámicas». En GONZÁLEZ DE LA RIVERA Y REVUELTA, J. L.: *Las claves del mobbing. El acoso psicológico en el trabajo (APT) visto por los expertos*. Ed. EOS. Madrid, 2005, págs. 17-18.

puede dejar de tener relevancia jurídico-laboral en el plano preventivo, resarcitorio y sancionador de la conducta acosadora. Pero, al tiempo, tampoco es posible desconocer la primaria e inesquivable afectación moral que supone la conducta de violencia psicológica en el plano jurídico, lo que se traduce en el ataque al respeto debido al trabajador acosado en cuanto sujeto moral. Un sujeto que está dotado, por tanto, de una conciencia moral susceptible de ser dañada no sólo desde el ángulo de la presencia de una patología psicológica, sino también desde la óptica de la esfera moral, que dota a dicho sujeto de la posibilidad de actuar libremente, adecuando las dimensiones normativa y fáctica aparejadas al acto moral⁸ y que la conducta lesiva desconoce por principio.

Como es evidente, no se trata de calificar la conducta de acoso como moralmente valiosa, puesto que su inmoralidad es incuestionable, tanto desde el punto de vista de las éticas teleológicas, como de las éticas deontológicas⁹. La función del adjetivo moral no es aquí tanto gramatical como semántica¹⁰, buscándose de este modo destacar la finalidad o el efecto degradatorio y humillante que ese comportamiento pretende producir en la conciencia moral del sujeto acosado, al margen de la virtualidad lesiva de dicha conducta, reflejada con frecuencia en la producción de daños psíquicos y físicos. A este respecto, se ha planteado el inconveniente de la desmesurada amplitud semántica del término «moral» con que se encuadra este tipo de acoso en el trabajo, lo que, según este criterio, remite a un entendimiento puramente subjetivo del concepto de AMT y a la consiguiente inseguridad jurídica que de ello se deriva¹¹.

En ese enfoque late, sin embargo, a mi parecer, el error analítico derivado de la confusión de planos que acaba evocarse entre convicción moral y esfera moral. Desde ese planteamiento se considera, por tanto, que el AMT supone un ataque a la moral del sujeto acosado, lo que implica la previa determinación de lo que haya de entenderse por moral. De este modo, se está confundiendo el AMT con el acoso discriminatorio. Este último vulnera el derecho a ostentar unas determinadas convicciones morales, a abrazar una determinada moral o a no adherirse a ninguna (cuando menos formalmente, aunque materialmente ello resulte inviable). Pero en el plano de la esfera moral, el AMT comporta un ataque al derecho a que se respete la condición de sujeto moral de la persona, es decir, al igual derecho de todo

⁸ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A.: *Ética*. Crítica. Barcelona, 1978, págs. 61-63.

⁹ Una clarificadora aportación sobre las diferencias y concomitancias de dichas éticas en GUIJÓN, E.: *Introducción a la ética*. Cátedra. Madrid, 1995, págs. 37-42.

¹⁰ Sobre las distintas funciones del adjetivo *ver*, por todos, ROCA PONS, J.: *Introducción a la gramática*. Teide. Barcelona, 1971, 2.ª ed., págs. 172-175.

¹¹ GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral tendenciosa. (El mobbing desde la óptica de un juez)*. Lex Nova. Valladolid, 2005, pág. 63.



ser humano a no ser tratado de modo humillante o vejatorio, sin que, por tanto, su dignidad resulte menoscabada, al margen, por tanto, de la opción moral por la que el sujeto se haya decantado. De ello se desprende, en suma, que para identificar el AMT no es en modo alguno necesario indagar o esclarecer la idea que de la moral tenga el sujeto acosado, ni tampoco cuál sea el concepto de la moral como sistema¹². Basta para ello con determinar si la conducta acosadora vulnera o no objetivamente la dignidad del trabajador y su integridad moral, al margen de que tal conducta pueda también afectar a otros bienes jurídicos, como, en efecto, suele hacerlo.

Cuestión distinta, aunque estrechamente relacionada con la anterior, es la de delimitar el contenido objetivo de la dignidad y la integridad moral del trabajador en cuanto bienes jurídicos lesionados desde la perspectiva jurídico-laboral por la conducta acosadora. En la delimitación de ese contenido, determinados aspectos de la moral como sistema aparecen involucrados en cuanto fundamento ético de los derechos afectados. Pero esa tarea analítica no supone una indecisa remisión al concepto de la moral como categoría sistémica, sino una concreción legal y jurisprudencial de los bienes jurídicamente relevantes que, por ello, son objeto de protección ante el AMT

Desde esta perspectiva, conviene precisar en este punto que la dignidad de la persona puede ser entendida en dos sentidos. En una primera significación, la dignidad se presenta como forma de comportamiento de la persona. Desde este entendimiento, se afirma que una persona se comporta digna o indignamente. Por ello, cabrá apreciar una actitud indigna cuando se desconozcan elementales principios éticos-jurídicos de convivencia (por ejemplo, la solidaridad o la buena fe). Éste es un sentido contingente o relativo de la dignidad, ya que no todas las personas actúan de acuerdo con ella¹³.

Desde una segunda comprensión, la dignidad aparece como un valor ético-jurídico central que se reconoce a toda persona, al margen de cuál sea su comportamiento y, por tanto, de sus méritos o capacidades. Estamos aquí ante un sentido inmanente, necesario y absoluto de la dignidad, que refleja la igualdad básica de todos los seres humanos y que, por ello, no admite transacción. De este entendimiento deriva la imposibilidad de considerar a los seres humanos como una mercancía a la que se asigna un precio, pues esa óptica permitiría su sustitución por algo de equivalente valor¹⁴. No será

¹² Para la distinción entre los planos normativo y fáctico de la moral, cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, A.: *Ética*, ob. cit., págs. 61-63

¹³ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J.: *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pág. 421.

¹⁴ KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa-Calpe. Madrid, 1983, 8.ª ed., págs. 92-93. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J.: *Autonomía...*, ob. cit., págs. 421-422. GÓMEZ PIN, V.: *La dignidad. Lamento de la razón repudiada*. Paidós. Barcelona, 1995, pág. 19.

ocioso recordar ahora, a este propósito, que, de acuerdo con el apartado I, a, de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT —Declaración de Filadelfia—, acompañado como anexo a su Constitución OIT de 1919, un principio fundamental de esta organización estriba en proclamar que el trabajo no es una mercancía. De ahí que el TC haya señalado, en un plano más general, la imposibilidad de mercantilizar a la persona, lo que es incompatible con su dignidad, pues aquella es sujeto pero no objeto de contratos patrimoniales¹⁵.

Ambas dimensiones de la dignidad humana están involucradas en el concepto de AMT. La primera atañe al acosador, que mantiene siempre una conducta indigna, aunque algunos de los actos aislados de acoso no puedan calificarse en todo caso de ilegales. La segunda al acosado, cuya condición de sujeto moral resulta invariablemente afectada por la conducta acosadora, que desconoce, no su concreta moral, sino su derecho, de alcance universal, a un trato no humillante o vejatorio. De esta segunda dimensión se infiere que la violencia psicológica presenta siempre, en el concepto que aquí se acoge, una necesaria relación causal con el atentado a la dignidad y a la integridad moral del trabajador, de forma que la expresión AMT resulta idónea como síntesis reveladora de esa relación.

En este orden de ideas, cabe apuntar, adicionalmente, que la expresión AMT es preferible a la de *mobbing*, ya que este vocablo, al tener un origen extrajurídico y pese a que algunos autores se refieren al sustrato ético esencial de aquella expresión¹⁶, se centra en la situación psicológica del acosado que comienza a traducirse, psiquiátrica o psicosomáticamente, en condiciones patógenas¹⁷. De ahí que, como ya se ha apuntado, *el mobbing* aluda más a los medios empleados y a ciertos efectos psíquicos buscados (terror psicológico, en la calificación de Leymann) que a la intención o resultado último perseguido desde la perspectiva ético-jurídica: no otro que lesionar la dignidad y la integridad moral del trabajador.

En la línea de desbroce conceptual del elemento objetivo, no parece tampoco que el término presión tenga suficiente consistencia definitoria del tipo de que acoso que aquí se examina, incluso aunque se adjetive como «laboral tendenciosa»¹⁸. El empleo del término presión a fin de poder incluir en el mismo la violencia física, no permite subrayar la mayor entidad, cualitativa y cuantitativa, que presenta la violencia psicológica respecto de la física en este tipo de acoso. En este sentido, debe recordarse que los es-

¹⁵ Cfr. la STC 212/1996, de 19-12.

¹⁶ PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑATE CANTERO, A.: «Mobbing...», ob. cit., pág. 188.

¹⁷ LEYMANN, H.: «The Content and Development the Mobbing at Work». En *European Journal of Work and Organizacional Psychology* núm. 5/1996, pág. 6.

¹⁸ Así lo hace GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral...* ob. cit., págs. 81-82.

pecialistas subrayan lo infrecuente de las conductas de violencia física en el AMT, ya que sus manifestaciones prototípicas son sibilinas y sofisticadas¹⁹. Por tanto, aunque la violencia psicológica pueda ir acompañada ocasionalmente de violencia física, el núcleo del concepto se identifica por lo común con la primera clase de violencia, no siendo necesario para la apreciación del AMT —y esto es determinante— que exista comportamiento alguno de agresión o violencia física²⁰. Ello no implica, sin embargo, que esta última haya de descartarse absolutamente en esta modalidad de acoso²¹, pues la realidad enseña su esporádica apreciación junto a la violencia psicológica²². Esta categorización facilita, en suma, subrayar el carácter habitual de la violencia psicológica en el concepto de AMT, permitiendo así que encuentre acomodo en esta noción la eventual violencia física que pueda acarrear este tipo de acoso.

En definitiva, el AMT debe caracterizarse en relación con la violencia habitualmente psicológica, porque la ocasional identificación en la conducta hostigadora de la violencia física sólo viene a reforzar de modo instrumental, como propósito o resultado, la devastación psíquica de la víctima, siendo pues esa inusual violencia física tan sólo un medio más para lograr la bancarrota de su dignidad y de su integridad moral como trabajador²³.

b) *Encaje en la norma constitucional*

Aunque, como ya se advirtió, el concepto de AMT no está expresamente recogido en la ley laboral, la dignidad de la persona del trabajador y su integridad moral, en cuanto bienes jurídicos vulnerados siempre en este tipo de acoso, son objeto de protección en nuestro ordenamiento, ya sea en el plano constitucional, ya en el plano de la legalidad ordinaria. La protección jurídica del AMT encuentra un primer y basilar anclaje en la Ley Funda-

¹⁹ LEYMANN, H.: «The Content... ob. cit., pág. 4.

²⁰ HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral en el trabajo*. Paidós. Barcelona, 2001, pág. 32.

²¹ Con excesivo esquematismo, excluye del AMT los actos de violencia física o de amenaza de hacer uso de ella VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo*. Gestión 2000. Barcelona, 2005, pág. 62.

²² Algunos pronunciamientos judiciales incluyen la violencia física en la catalogación del AMT (ver, por ejemplo, la STSJ/Murcia de 2-9-2003). Inclusión que también realiza, en su correspondiente ámbito, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (cfr. su Hoja Informativa núm. 23/2000, sobre Acoso Moral en el Trabajo, pág. 1).

²³ LICARI, S.: «De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail». *Droit Social* núm. 5/2000, pág. 493. MAZEAUD, A.: «Harcèlement entre salariés: apport de la loi de modernisation». *Droit Social* núm. 3/2002, pág. 321. BOUTY, C.: Q. «Harcèlement moral et droit común de la responsabilité civil». *Droit Social* 7-8/2002, pág. 696.

mental, al contemplarse la dignidad de la persona como un principio constitucional en el artículo 10.1 de la Constitución (CE)²⁴. Sobre esta sólida peana se apoya el doble carácter de valor y de principio que posee la dignidad de la persona, puesto de relieve por el TC al calificarla como un «valor moral y espiritual inherente a la persona»²⁵ y, asimismo, como un principio constitucional²⁶.

Esta dual calificación tiene una indudable coherencia interna. En cuanto principio constitucional, el de dignidad de la persona es el reflejo del principio fundamental del Derecho que exige el respeto recíproco, la indemnidad de la persona tanto en su existencia exterior (vida, integridad física) como interior (libertad, honor...) ²⁷. Considerado como principio jurídico, este principio constitucional nuclear contiene una predeterminación sobre los valores que deben identificarse y preservarse en la acción normativa y judicial, desplegando tanto una función positiva, que exige incorporar y proteger tales valores en dicha acción, como una función negativa, excluyente de los valores opuestos y de las normas en que éstos reposan²⁸.

Pese a su carácter basilar, al configurarse la dignidad de la persona como un principio jurídico asentado en el artículo 10.1 CE y en ningún caso como un derecho constitucional²⁹, no es posible reclamar la tutela judicial de la dignidad del trabajador mediante una pretensión autónoma que combata el

²⁴ SSTSJ/Murcia, 23-6-2003 y 2-9-2003; SSTSJ/Cataluña, 23-7-2003, y 22-12-2004.

²⁵ STC 53/1985, de 11-4.

²⁶ Cfr. las por ejemplo, SSTC 231/1988, de 2-12 y 192/2003, de 27-10.

²⁷ LARENZ, K.: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas, 1993, pág. 57; HEGEL, G.W.F.: *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*. Edhasa. 1988, pág. 103.

²⁸ LARENZ, K.: *Derecho justo...* ob. cit., pág. 33.

²⁹ La tónica dominante en la norma internacional y en la comunitaria es, también, la de acoger la dignidad de la persona como principio y no como derecho. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10-12-1948, o, pese a carecer aún de eficacia jurídica vinculante, en el artículo II-61 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29-10-2004, que, como es sabido, se integra en su Parte II, relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Esta tendencia es la que acoge, asimismo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) al considerar que «el ordenamiento jurídico comunitario trata innegablemente de garantizar el respeto de la dignidad humana como principio general del Derecho» (STJCE de 14-10-2004, C-36/02, motivación núm. 34); afirmación compatible con el entendimiento de la dignidad humana como derecho fundamental, integrado en el Derecho de la Unión, pero cuyo alcance normativo se ciñe a normas concretas del Derecho comunitaria derivado; Véase., a este propósito, la STJCE de 9-10-2001, asunto C-377/98, motivaciones núms. 70 y 71. Con innegable dosis de voluntarismo, en alguna ocasión se ha identificado en el artículo 10.1 CE el derecho a la dignidad de la persona. Cfr., por ejemplo, DE VICENTE PACHÉS, F.: «La configuración de acoso moral en el trabajo y las soluciones jurídico-preventivas para erradicarlo. Últimas tendencias doctrinales y jurisprudenciales». *Tribuna Social*, núm. 180/2005, pág. 56.

AMT con base en dicho precepto, ni por el cauce del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales³⁰, ni, por ende, a través del recurso de amparo³¹.

El reparo tutelar no es infranqueable, pues ha de tenerse en cuenta que la conducta agresora inherente al AMT tiene un carácter pluriofensivo, susceptible por ello de afectar a distintos bienes y derechos constitucionales tutelables a través de aquellas vías, como sucede, a guisa de ejemplo, con el derecho a la integridad moral (art. 15 CE), el derecho a la integridad física y a la salud (arts. 15 y 40.2 CE), el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), el derecho al honor (art. 18.1 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1, a, CE), el derecho a la libertad de comunicación (art. 20.1, d, CE) o el derecho al trabajo o a la promoción profesional (art. 35.1 CE). La sola mención de estos derechos fundamentales susceptibles de ser vulnerados mediante el AMT, denota que constituyen proyección necesaria de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE. O, dicho en términos de la propia doctrina del TC, el valor y el principio de la dignidad de la persona es —junto al derecho a la vida— *el prius* lógico y ontológico que permite crear y especificar los derechos fundamentales que la CE reconoce³². Presenta, por tanto, la dignidad de la persona un carácter dinámico, derivado del conjunto de los derechos fundamentales³³, en los que se plasma la función positiva o reguladora, consustancial a todo principio jurídico.

La pluralidad de derechos fundamentales que el AMT puede infringir, no impide constatar, empero, que la prevención y protección frente a este tipo de acoso —incluyendo, desde luego, la de orden extrajudicial— encuentra siempre su fundamento primario en el artículo 15 CE.³⁴ pues el derecho a la integridad moral reconocido en el referido precepto resulta invariablemente lesionado, aunque, de ordinario, puedan transgredirse otros derechos, fundamentales o no.

En este sentido, no es ocioso señalar que el bien jurídico objeto de protección mediante del derecho a la integridad moral reconocido en el artículo 15 CE es la inviolabilidad del ser humano, sostenida por la estimación de que su espíritu —al igual que su cuerpo— no debe profanarse³⁵. Conse-

³⁰ STS/Canarias/Las Palmas, de 28-4-2003.

³¹ STC 64/1986, de 21-5.

³² STC 53/1985, de 11-4.

³³ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I.: *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons, 2005, págs. 97-98.

³⁴ SSTSJ/Cataluña 23-7-2003, 10-6-2005 y 6-9-2005; SSTS/Murcia 2-9-2003, STSJ/Madrid, de 18-4-2005.

³⁵ DÍEZ-PICAZO, L.M.: *Sistema de Derechos Fundamentales*. Thomson-Civitas, 2003, pág. 202.

cuencia de esa valoración ético-jurídica sustentada en la dignidad del ser humano y su incolumidad personal³⁶, es el reconocimiento a toda persona del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes, comprensivo de la interdicción de un amplio espectro de conductas antijurídicas³⁷. En lo que toca al AMT, esta conducta de violencia habitualmente psicológica vulnera el derecho a no sufrir tratos degradantes, esto es, aquellos que inflingen a la persona un sufrimiento psíquico humillante ante los demás o ante sí misma³⁸. En discrepancia con este entendimiento, se ha propuesto la utilidad de sustituir el concepto de tratos degradantes por el de denigración, con la finalidad básica de obtener una mayor protección frente al AMT. A mi modo de ver, dicha propuesta no resulta aceptable por distintas razones. Haré referencia tan solo a las que, de modo principal, avalan su desestimación.

La primera es de orden filológico y alerta acerca de la marcada sinonimia del campo semántico habitual de los verbos denigrar y degradar³⁹, lo que convierte en bizantino el intento de distinción, como lo prueba el hecho de que, para lograrla, haya de acudirse a una subjetiva y vagarosa diferencia entre el género (tratos degradantes) y la especie (denigración). Carácter vaporoso de la distinción que se acentúa aún más si cabe al identificar la propuesta sustitutoria denigración con vejación.

La segunda razón se vincula a los efectos del AMT. La referida propuesta sostiene que el daño moral no es un requisito estructural del AMT, pues sólo se precisa para el mobbing devastador que sanciona el artículo 173 del CP, de modo que el término denigración acotaría más adecuadamente el concepto de AMT, entendido como presión laboral tendenciosa. Sin embargo, como seguidamente ha de verse, la existencia del daño moral es inherente al concepto de AMT porque la dignidad y la integridad moral del trabajador resultan siempre afectadas con este tipo de asedio.

Una tercera razón atiende al contenido protector que ha de reservarse al AMT. A este propósito, la mencionada propuesta sustitutoria formula dos objeciones. La primera arguye que, de no utilizarse el término denigración en lugar de la expresión tratos degradantes para definir el AMT, resultaría difícil evitar la aplicación del delito recogido en el artículo 173 del Código Penal (CP) a todas las conductas de mobbing, al definirse la acción delictiva en este precepto como trato degradante que menoscaba gravemente la inte-

³⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: «Artículo 15. Derecho a la vida». En ALZAGA VILLAMIL, Ó.: *Director: Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*. Tomo II, pág. 317.

³⁷ BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coordinador): *Derecho Constitucional. Vol. II*. Tecnos. 2003, 2.ª ed., pág. 97.

³⁸ Díez-PICAZO, L.M.: *Sistema...* ob. cit., págs. 202-203.

³⁹ MOLINER, M.: *Diccionario de uso del español*. Vol. I. Ed. Gredos, 2.ª ed. 1999, págs. 879 y 890.



gridad moral de la persona. Empero, este reparo encierra, según creo, una notoria contradicción, pues, como la propia propuesta admite, el artículo 173 CP sólo castiga, entre otras conductas, la modalidad más grave de AMT —que la citada propuesta califica como mobbing devastador—, lo que guarda coherencia con el principio de intervención mínima, rector del Derecho Penal, de suerte que este sector del ordenamiento sólo se activa ante las infracciones de mayor gravedad perpetradas contra los bienes jurídicos de entidad superior⁴⁰. La principal consecuencia de esa necesaria distinción, es que no siempre la conducta propia del AMT podrá integrar el tipo penal contemplado en el artículo 173 CP, como la misma práctica jurisprudencial corrobora reservando la aplicación de ese tipo punitivo a supuestos de extrema gravedad, sean o no calificables como AMT, dado que la violencia psicológica habitual que identifica esta conducta acosadora no agota, ni mucho menos, el elenco de comportamientos susceptibles de integrar los tratos degradantes a que se refiere el citado precepto al configurar la acción objetivamente típica. Adviértase, por lo demás, que el sometimiento al principio de subsidiariedad o intervención mínima exige, en dicho precepto, que para calificar como degradante la conducta punible no baste la mera existencia de la acción, sino que sea necesaria su imposición al sujeto pasivo⁴¹, lo que no siempre es indispensable para identificar el AMT desde la óptica laboral.

La segunda objeción de la propuesta sustitutoria sale al paso de las que considera consecuencias desprotectoras de determinadas conductas propias del AMT, de no admitirse el cambio terminológico ofrecido. A este respecto, se señala la dificultad de incluir en el AMT el ejercicio inmotivado y reiterado de la potestad disciplinaria por el empresario con finalidad de signo acosador, dado que tal potestad no es en sí misma una conducta degradante. Este óbice desconoce, no obstante, que la potestad disciplinaria, aunque no integre en todo caso esa conducta, puede desde luego utilizarse torticeramente con el objetivo de ejercer violencia psicológica laboral, infligiendo, con ese fin, un trato degradante, esto es, humillante o vejatorio para el acosado, como la jurisprudencia ha puesto de relieve de forma repetida, vinculando ese trato con el artículo 15 CE⁴².

En suma, puede afirmarse que entre las distintas manifestaciones de los tratos degradantes a que se refiere el artículo 15 CE se integra de forma idónea la conducta propia del AMT. Ahora bien, debe insistirse en que la le-

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F. GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, 1998, 3.^a ed, págs. 79, 84 y 88.

⁴¹ TAMARIT SUMALLA, J. M.: «Artículo 173». En QUINTERO OLIVARES, G. (Coordinador): *Comentarios al nuevo Código Penal*. Aranzadi, 1996, pág. 860.

⁴² Cfr., por ejemplo, STSJ/Comunidad valenciana de 1-3-2004; SSTSJ/Madrid, de 11-2-2003 y de 20-3-2003.

sión de otros derechos fundamentales mediante la conducta acosadora, de forma aislada o en concurso, constituye tan sólo una posibilidad y no un requisito configurador de la noción de este tipo de acoso, que sólo exige, como ya se ha señalado, la vulneración del derecho a la integridad moral reconocido en el artículo 15 CE en relación con el principio basilar de la dignidad de la persona en el art. 10 CE. Por ello, no puede compartirse el criterio de que el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y el derecho al honor (art. 18.1 CE) sean también siempre transgredidos con el comportamiento de acoso moral e integren de modo indefectible aquella conducta⁴³.

A este respecto, se ha considerado que el AMT vulnera en todo caso el derecho al trabajo, sobre la base de un concepto a mi juicio insuficiente del AMT, que lo delimita como una presión laboral tendenciosa dirigida a la autoeliminación del trabajador mediante su denigración⁴⁴. Pero, como ya se adelantó y luego habrá ocasión de puntualizar, la noción de AMT no integra únicamente la pretensión de que el trabajador abandone su trabajo, aunque éste sea el supuesto más frecuente. También puede buscar su postración profesional a fin de lograr una actitud obsecuente y servil, esto es, extirpadora de la necesaria autonomía con la que, en distinto grado, la actividad laboral ha de desarrollarse, traspasando de este modo el lindero que marca el correcto cumplimiento contractual de su prestación de trabajo, pero sin la pretensión de que aquél abandone la empresa. Siendo esto así, el derecho al trabajo no resulta siempre vulnerado con la conducta acosadora, pues los que integran el contenido de ese derecho constitucional complejo no han de verse necesariamente afectados por la misma⁴⁵.

Tampoco el derecho al honor resulta siempre violado con la conducta acosadora. No es dudoso que el atentado contra el derecho al honor choca de pleno con la dignidad humana puesto que, como ya se vio, ésta forja un principio constitucional que se proyecta sobre los derechos fundamentales. Pero no es jurídicamente admisible mantener la afirmación contraria, esto es, que todo atentado contra la dignidad de la persona vulnera el derecho al honor. En cuanto aquí importa y como ya se ha reiterado, el atentado contra la dignidad humana que tiene lugar mediante el AMT infringe en todo caso el derecho del trabajador a su integridad moral (art. 15 CE), pero no necesariamente su derecho al honor (art. 18.1 CE). Como es bien sabido, este último tiene un ámbito objetivo de aplicación distinto al primero, puesto que los bienes jurídicos objeto de protección mediante tales derechos no son inter-

⁴³ GIMENO LAHOZ, R.: *La presión...* ob. cit., págs. 181-182.

⁴⁴ *Ibidem...*, pág. 182.

⁴⁵ MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «Derecho al trabajo y políticas de empleo». En SEMPERE NAVARRO, A. V.: (Director): *El modelo social en la Constitución española de 1978*. MTAS, 2003, págs. 1334-1341.



cambiables entre sí, aunque el principio de la dignidad de la persona constituya el cimiento común de ambos.

En efecto, como ya se apuntó, el derecho a la integridad moral protege a la persona física frente a ataques a su derecho a no sufrir tratos degradantes, lo que veda someterla a un sufrimiento psíquico humillante ante los demás o ante sí misma. Piénsese, por vía de ejemplo, en el hecho de encomendar al trabajador una actividad laboral innecesaria, o en mantenerle en una situación de ambigüedad de rol, hurtándole información sobre ciertos aspectos de su trabajo⁴⁶.

En el derecho al honor también puede apreciarse sin duda la lesión a la dignidad de la persona, ya que, conforme señala el TC, su titular goza del derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás⁴⁷. Pero esta humillación y afrenta —que puede exteriorizarse de palabra o de obra— sólo comprende —excluyendo cualquier otra conducta lesiva de la dignidad del trabajador— la que incide en la reputación de la persona o en su reputación como trabajador (reputación profesional), sin que, en consecuencia, cualquier crítica a la actividad profesional pueda ser considerada por principio como un atentado al honor, sino solo la que sobrepase la libre crítica a la labor profesional y que por su naturaleza, características y forma la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona⁴⁸.

De ello cabe deducir que, sin que quepa desconocer la dificultad de delimitar en la práctica el contenido de los derechos en juego, el AMT podrá violar también el derecho al honor del acosado tan sólo si afecta objetivamente a aquella reputación personal y/profesional del trabajador, ya sea de forma directa o indirecta. El variado mosaico de conductas que a este respecto pueden producirse, queda por tanto diferenciado de aquellas otras que vulneran el derecho a la integridad moral sobre la base del elemento finalista de la conducta lesiva. Es ese elemento el que permite calificar como violación del derecho al honor en el plano laboral, con finalidad acosadora o en ausencia de ella, las multiformes expresiones que esa vulneración pueden revestir, tales como la pública y falsa atribución al trabajador de la realización incompetente de sus funciones, de modo que se exterioriza así el menosprecio o animosidad respecto del desarrollo de su trabajo, o bien, de

⁴⁶ MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing». <http://www.mobbing.nu/index.htm>.

⁴⁷ STC 219/1992, de 3-12.

⁴⁸ SSTC 40/11992, de 30-3, 76/1995, de 22-5 y 282/2000, de 27-11; STSJ/Navarra de 30-11-1996, STSJ/C.Valenciana de 21-6-2002.

forma más soterrada, la conducta empresarial consistente en la sistemática exclusión del trabajador de las reuniones relativas a la organización del trabajo en el área laboral bajo su supervisión, poniendo así en tela de juicio su capacidad profesional ⁴⁹.

c) *Acomodo en la norma legal: la insuficiente cobertura del acoso moral en el trabajo*

El carácter motriz del principio de dignidad de la persona no sólo insufla hálito vital a los derechos fundamentales. Alcanza también al plano de la legalidad infraconstitucional, permitiendo reconocer a los trabajadores asalariados el derecho a la consideración debida a su dignidad (artículo 4.2, e, del RDL 1/1995, de 24 de marzo, ET), cuya vulneración también acaece mediante la conducta integradora del AMT, conforme la jurisprudencia viene señalando con reiteración ⁵⁰. La impregnación que produce el reconocimiento de ese derecho en todos los aspectos de la relación de trabajo ⁵¹ como consecuencia de la proyección expansiva del artículo 10.1 CE, en congruencia con los principios constitucionales que el mismo enuncia «a cuya luz ha de interpretarse, inexcusablemente, cualquier norma de Derecho...» ⁵², ha permitido, en efecto, a la jurisprudencia alcanzar esa conclusión y crear la figura del AMT ante la carencia de un específico reconocimiento de la misma en la norma legal. Se trata, ciertamente, de una solución judicial necesaria en el orden protector, que ha debido utilizar ciertos criterios interpretativos, colmando así la inexistente regulación específica de este tipo de acoso.

En este punto es necesario subrayar que el AMT puede también afectar al trabajador autónomo, como sujeto activo o pasivo del mismo, aunque esta última posición pueda ser la más frecuente, en especial por lo que hace al autónomo dependiente. La primaria tutela respecto de esa conducta encuentra ya respuesta en el marco constitucional, habida cuenta del amplio espectro subjetivo que cubren los artículos 10.1 y 15 CE al proscribir todo atentado a la dignidad e integridad moral de la persona, con independencia de la que brindan otros derechos y bienes constitucionales susceptibles de ser vulnerados mediante aquella forma de acoso. Consecuente con ese fun-

⁴⁹ Véase, a este respecto, el Informe Explicativo, STE núm. 163, del contenido del artículo 26.2 de la Carta Social Europea, reformada el 3-5-1996.

⁵⁰ STSJ/Cataluña de 28-11-2001; STSJ/Galicia de 12-9-2002, STSJ/Madrid de 1-2-2003; SSTSJ/Cataluña de 10-6-2005 y de 6-9-2005, STSJ/Castilla La Mancha de 20-4-2006).

⁵¹ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*. Thomson-Civitas. Madrid, 2006, 24.ª ed., pág. 439, con cita de la STC 192/2003, de 27.10.

⁵² STC 192/2003, f. j. núm. 7.

damento constitucional, la acción legislativa recuerda, en el plano propositivo, que el trabajador autónomo es titular del «derecho al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución española y en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre la materia», con arreglo a lo dispuesto en el art. 4.1 del Proyecto de Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo (PLETA)⁵³. De modo más concreto y en paralelo con el trabajador asalariado, frente al AMT del trabajador autónomo éste también exhibe, en el ejercicio de su actividad profesional y en el plano infraconstitucional, el derecho «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad,...», conforme previene el art. 4.3, b, del PLETA, para cuya específica protección judicial y extrajudicial habrá que aguardar a la aprobación de dicho Proyecto de Ley por las Cortes Generales.

Entre tanto y situándonos en el terreno del trabajo asalariado, la jurisdicción del orden social ha establecido una clara conexión causal vinculando el principio de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y el derecho fundamental a la integridad moral (art. 15 CE) con el derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador del art. 4.2, e, ET, que permite proteger a éste frente a la conducta constitutiva de AMT. Sentada esa conexión, la jurisprudencia laboral ha manejado una interpretación finalista del artículo 4.2, e, ET, en la redacción dada al mismo por el artículo 37, dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que permite rechazar el AMT entendiendo que la conducta hostil y vejatoria propia del mismo desconoce de plano el derecho contemplado en el art. 4.2, e, ET. Esa interpretación no es, con todo, indisputada. Un sector de la doctrina científica, inclinándose por un entendimiento literal del referido precepto estatutario, considera que el mismo acota tan sólo el acoso sexual y el acoso discriminatorio⁵⁴.

Debe admitirse, sin embargo, que la hermenéutica finalista de ese precepto cuenta a su favor con razones de mayor peso. Una primera consiste en advertir que el inicio de la segunda cláusula del art. 4.2, e, ET, mediante el participio «comprendida», revela con nitidez la finalidad aclaratoria de la misma, dirigida a incluir en el contenido de los derechos a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad del trabajador la protección frente a determinadas conductas que el legislador entiende necesario identificar dado el reproche social al que las mismas son acreedoras. Se trata de una finalidad meramente explicativa y en modo alguna limitativa, que surge para conferir mayor seguridad jurídica a posición del trabajador en la relación labo-

⁵³ BOCG, CD de 1-12-2006.

⁵⁴ AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Thomson-Aranzadi, 2005, 6.^a ed., págs. 50-51.

ral, pero que no pretende derogar ni excluir la primera cláusula de aquel precepto, en la que sigue incólume el reconocimiento de los mencionados derechos y su amplio contenido tutelar. Por ello, resulta inaplicable aquí el principio *inclusio unius, exclusio alterius*, puesto que, como es sabido, su alcance se ciñe a situaciones o materias antinómicas, cuya admisión conjunta es, por tanto, incompatible o inconciliable. Por el contrario, no existe contradicción alguna entre las dos partes del mencionado precepto estatutario, sino complementariedad o desarrollo.

Esta interpretación finalista aparece reforzada por una interpretación sistemática, que pone en relación los arts. 10.1 y 15 CE y el art. 181 de la LPL, precepto este último que, mediante la redacción que al mismo proporcionó la Ley 62/2003 (art. 40.1), incorpora de modo genérico la prohibición del acoso, sin adjetivación alusiva a ninguna modalidad del mismo, como una de las situaciones que gozan de una especial protección a través de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales⁵⁵.

A esta interpretación sistemática del art. 181 LPL no puede oponerse con éxito otra de igual signo pero ceñida al plano de la legalidad ordinaria, en virtud de la cual dicho precepto, pese a su genérica dicción literal, sólo dispensaría tutela judicial al acoso discriminatorio, ya que el objetivo de la Ley 62/2003 consiste en trasponer al ordenamiento interno los mandatos contenidos en la Directiva 2004/43/CE, del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda dicho principio en diversos ámbitos, así como en la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En lo que aquí interesa, esa transposición se concreta en la definición que del acoso proporciona el art. 28,1, d, de la Ley 62/2003. Una definición referida tan sólo al acoso discriminatorio, pues, aunque el precepto dice acotar conceptualmente el acoso a secas, sólo alude realmente a esa modalidad y, además, lo hace de forma limitada, sin cubrir todas las circunstancias que la pueden generar, lo que es consecuencia de su fiel seguimiento de las determinaciones que las normas comunitarias a transponer acogen a este respecto.

Siendo incuestionable que es el acoso discriminatorio el contemplado en este precepto, hay que observar, frente a esa interpretación reductora, que la modificación operada en el art. 181 LPL por la Ley 62/2003 no guarda coherencia con esa delimitación conceptual previa. Con anterioridad a dicha modificación, este precepto procesal ya daba cabida en el marco de la

⁵⁵ STSJ/Castilla La Mancha 20-4-2006.

modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas, a «la prohibición de tratamiento discriminatorio». Resultaría por tanto redundante y, en consecuencia, absurdo, que la interdicción del acoso se limitase únicamente al discriminatorio tras aquella modificación legislativa en la que se acoge al acoso sin incorporar ninguna precisión adjetivadora.

Esta necesaria labor hermenéutica desplegada por los órganos judiciales con la finalidad de afincar sólidamente la protección ante el AMT no parece, con todo, suficiente, como algún sector de la doctrina científica ha considerado⁵⁶, a efectos preventivos y de protección, tanto en ese mismo plano judicial como en el extrajudicial. Como podrá comprobarse con posterioridad, pese al notable esfuerzo desplegado en los últimos años, la jurisprudencia no utiliza siempre criterios homogéneos a la hora de calificar la conducta como AMT y, por tanto, de dispensar la correspondiente tutela en ese sede. Esta disparidad viene propiciada por la inexistencia de una específica regulación de aquella clase de acoso, así como por la ausencia hasta el momento de doctrina judicial unificadora del Tribunal Supremo en esta materia. Tal falta de tratamiento uniforme perjudica también, por vía refleja, a los ámbitos preventivos y tutelares de carácter extrajudicial, ya que su activación resulta objetivamente dificultada ante el silencio que guarda la ley laboral en punto a la específica regulación del referido acoso.

La falta de uniformidad de los criterios judiciales en torno al concepto de AMT viene adicionalmente dificultada por la plural morfología con la que se manifiesta la conducta que lo integra, demostrativa de su carácter subrepticio y escurridizo y, por ello, más difícilmente aprehensible, tanto en el plano conceptual como en el probatorio.

Ciertamente, si bien puede afirmarse que la vulneración del derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador que contempla el art. 4.2, e, ET es un ingrediente insoslayable del elemento objetivo del concepto del AMT, la transgresión de ese derecho puede exteriorizarse mediante una pluralidad de formas, reconducibles, sintéticamente, a dos. De un lado, en una forma genérica, cuando la conducta de AMT afecta a la dignidad del trabajador mediante el ejercicio ilícito por el sujeto activo de un poder jurídico genérico, vulnerándose así aquel derecho estatutario. De otro, en una forma específica, al traspasarse el límite del respeto a la dignidad del trabajador que otros preceptos de desarrollo del artículo 4.2, e, ET imponen con-

⁵⁶ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Dignidad del trabajador y acoso moral». En BORRAJO DACRUZ, E., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T. (Coordinadores): *Derecho vivo del Trabajo y Constitución*. Estudios en homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González. La Ley. Madrid, 2003, págs. 95-96. SAGARDOY BENGOCHEA, J. A. y GIL GIL, J. L.: «El acoso psicológico...», ob. cit., pág. 821.

cretamente a los poderes empresariales directivo (en materia de vigilancia y control de los trabajadores: arts. 18 y 20.3 ET) y modificativo (en punto al cambio de funciones y de otras condiciones de trabajo: arts. 39.3 y 41.3 ET), siempre que estas contravenciones obedezcan a una conducta integrante de AMT.

A mayor abundamiento y en similitud con lo que sucede en el plano constitucional, la potencialidad pluriofensiva del AMT no sólo afecta al derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador que el ET protege de forma genérica y específica. También se plasma a través de vulneraciones de otros derechos contemplados en la ley laboral y cuya titularidad aquél ostenta, no siendo por lo demás infrecuente que esas transgresiones se produzcan. Tal acontece, de modo paradigmático, con el derecho a su integridad física y a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (arts. 4.2, d, y 19 ET; art. 14.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre) y con el derecho a su intimidad (art. 18.1 ET). Pero, conviene insistir en ello, la vulneración de estos derechos no es consustancial al concepto de AMT, bastando para su identificación que se infrinja aquel derecho estatutario en el que se ancla de forma directa el reconocimiento a la dignidad del trabajador.

Atendiendo a la pluralidad de bienes jurídicos que la AMT puede lesionar, habida cuenta de la diversa morfología con la conducta acosadora se manifiesta, la jurisprudencia ha debido trazar la protección desde la ley laboral, sustantiva y procesal, frente a dicha conducta. Pero esta tutela se alza sobre una construcción judicial no compacta de la figura, insuficiente para suplir el abstencionismo del legislador, cuya función definitoria resulta por ello indispensable en aras al principio de seguridad jurídica.

En el ámbito estatal, el legislador sólo ha sido consciente de la insuficiencia definitoria que lastra la figura del AMT en escasas ocasiones y desde el plano propositivo. Entre las distintas propuestas formuladas a este respecto en sede parlamentaria, destaca por su tratamiento protector más acabado la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista sobre el derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo de 23-11-2001⁵⁷, cuya tramitación fue rechazada por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 5 de marzo de 2002⁵⁸, y que propugnaba la modificación, entre otros preceptos, del art. 4.2, e, ET en el sentido de incluir dentro del derecho al respeto de la intimidad del trabajador y del derecho a la consideración debida de su dignidad «la protección... frente a las conductas constitutivas de acoso moral» (art. primero, núm. 1). Esa coherente operación inclusiva iba

⁵⁷ DOCG núm. 175.

⁵⁸ DOCG núm. 175-2, de 12-3-2002.

acompañada de la necesaria —aunque técnicamente cuestionable— definición del AMT como «toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo» (art. primero, núm 4). En paralelo, el citado Grupo Parlamentario presentaba una Proposición de Ley Orgánica por la que se incorporaba en el Código Penal un nuevo artículo 314 bis, tipificando el acoso moral en el trabajo⁵⁹ y cuya tramitación fue también rehusada en sesión plenaria del Congreso de los Diputados⁶⁰.

Esta insuficiencia reguladora del AMT por parte de la norma estatal es, en la actualidad, mucho más visible en el ámbito de la Unión Europea (UE). Es cierto que la UE no ha adoptado hasta el presente una norma a este respecto, pues la Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, de 20-9-2001, mediante la que se «exhorta a la Comisión a ofrecer a más tardar en marzo de 2002, en un Libro Verde, un análisis detallado del estado actual del problema del acoso moral en el lugar de trabajo en cada Estado miembro y a presentar, a más tardar en octubre de 2002 y basándose en este análisis, un plan de acción sobre las medidas comunitarias contra el acoso moral en el lugar de trabajo» (punto 24), no ha sido todavía atendida. Pero, por otra parte, no puede desconocerse que, paulatinamente y con distinto perfil conceptual y alcance, la figura ha sido recibida por el legislador de distintos países europeos⁶¹.

Pese a la innegable realidad que supone la paulatina extensión de este tipo de acoso en la empresa y a la reacción de otros ordenamientos para atajarlo, por ahora nuestro legislador estatal no considera necesario abordar la regulación específica de esta figura, considerando, probablemente, que la misma ya recibe respuesta adecuada por parte de los órganos judiciales del orden social a partir de los preceptos constitucionales y estatutario anteriormente evocados. Esta pasividad reguladora continúa siendo el criterio que sume el legislador estatal. Así lo revela la reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, omite por completo toda referencia expresa al AMT en su regulación, tanto en la nueva

⁵⁹ DOCG de 23-11- 2001, núm. 176-1.

⁶⁰ DOCG de 3-6-2002, núm. 176-2.

⁶¹ Son de destacar, a este respecto, Suecia, con la Ordenanza del Consejo Nacional Sueco de Seguridad y Salud Laboral de 21-9-1993 (su texto puede consultarse en <http://www.bullyonline.org/action/victwork.htm>, Francia, mediante la Ley 2002-73, de 17-1-2002, de Modernización Social (JORF de 18-1-2002), que incorpora la figura en el Código de Trabajo francés, y Bélgica a través la Ley de 11-6-2002, sobre la protección contra la violencia y el acoso moral o sexual en el trabajo.

definición que su disposición adicional undécima uno proporciona del derecho contemplado en el art. 4.2, e, ET y en el que se alude ahora expresamente al acoso sexual y al acoso (discriminatorio) por razón de sexo, como en otros aspectos en los que dicha igualdad ha de promoverse y combatirse todas las manifestaciones de discriminación por razón de sexo, algunos de los cuales se aludirá más adelante.

La errónea creencia del legislador de que la actual normativa laboral proporciona cumplida respuesta al AMT, le hace perder una ocasión de oro para introducir una regulación protectora frente al mismo. En primer lugar, porque las mujeres constituyen el colectivo en el que incide con mayor frecuencia el AMT⁶². En segundo término porque los hombres, aun en menor medida, también son sujetos pasivos de esta clase de acoso y la Ley Orgánica 3/2007, si bien muestra una preferente orientación hacia la promoción de la igualdad de las mujeres respecto de los hombres, dicha norma también extiende su regulación protectora a estos últimos, pues su ámbito de aplicación comprende a «Todas las personas» en cuanto «a los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo», siendo, asimismo, aplicables las obligaciones establecidas en la misma a «toda persona, física o jurídica, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia» (art. 2).

B. *La producción de un daño moral*

Como ya se ha señalado con insistencia, la violencia habitualmente psicológica que caracteriza el AMT tiene el propósito o el efecto de socavar la dignidad y la integridad moral del acosado. Lo que significa que la conducta hostigadora y humillante que lo integra puede calificarse tanto por el objetivo perseguido —y es usual que así suceda—, como por el resultado alcanzado⁶³, a diferencia del ilícito contemplado en el artículo 173.1 C.P., cuyo tipo configura un delito de resultado. Pero, ya se trate de un propósito, ya de un efecto, en todo caso ha de existir la lesión a la dignidad y, por tanto, a la integridad moral del acosado. De ahí que la activación de esta clase de acoso sólo requiera que se produzca un daño moral, sin que sea exigible la causación de un daño material de carácter físico o psíquico cuando no se alcanza tal resultado dañoso mediante la conducta acosadora.

Si los daños de carácter material, psíquico o físico, se exigieran en todo caso para calificar jurídicamente el AMT, quedaría sin amparo legal —ya

⁶² HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...* ob. cit., págs. 88-89.

⁶³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «El acoso moral en el trabajo. ¿Una nueva forma de discriminación?». *Revista de Derecho Social* núm. 19/2002, pág. 59.

sea extrajudicial ya judicial— una conducta que objetivamente constituye un atentado a la dignidad de la persona del trabajador y, junto a ello, con frecuencia, a algunos de sus derechos laborales y/o fundamentales, habida cuenta la virtualidad pluriofensiva que la conducta acosadora llevada aparejada. La presencia de daños de orden psíquico o físico tiene su repercusión en el plano resarcitorio (daños y perjuicios), reparador (prestaciones por incapacidad temporal o permanente) y sancionador (infracciones laborales, administrativas y penales). Pero tales daños, debe insistirse, no integran de forma necesaria el elemento objetivo definitorio de esta clase de acoso.

Aunque este planteamiento se admite sin esfuerzo por la jurisprudencia respecto de otras materias⁶⁴ o, de forma ocasional, del propio AMT⁶⁵, la jurisprudencia mayoritaria, siguiendo a la doctrina especializada, considera este acoso como un ilícito de resultado, inclinándose, así, por la presencia de un daño cierto de carácter material, básicamente de orden psíquico, para admitir tal clase de acoso. El principal reparo que cabe oponer a esta línea judicial es que la exigencia de un resultado lesivo de orden material no parece coherente con la admisión por parte de los órganos judiciales de un amplio catálogo de manifestaciones del AMT, tales como «la implantación de medidas organizativas —no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc.—, medidas de aislamiento social —impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc.—, medidas de ataque a la persona de la víctima —críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc.—, medidas de violencia física, agresiones verbales —insultos, amenazas, rumores sobre la víctima...»⁶⁶.

Parece evidente que no todas estas conductas de acoso —u otras muchas que la realidad muestra— desembocan de modo ineluctable en la producción de un daño psíquico o físico —aunque esto sea frecuente— y que, pese a ello, pueden menoscabar la dignidad y a la integridad de la persona mediante el AMT si concurren los restantes elementos que lo configuran. Influida en exceso por la dimensión psicológica y psiquiátrica que suele presentar el AMT, así como por los efectos reparadores del mismo en el plano de la protección social, la aceptación judicial de un dilatado elenco de me-

⁶⁴ El daño moral no se identifica en la Jurisprudencia del Tribunal Constitución (TC) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con la integridad física o psíquica, sino con un trato degradante que humilla y envilece (SSTC 57/1994, de 28.2 y 215/1994, de 14-7), con un sentimiento prolongado de inseguridad y angustia (STEDH de 6-4-2000, As. Thlimmenos c. Grecia) o de dolor y sufrimiento psíquico (STEDH de 14-3-2002, As. Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni).

⁶⁵ STSJ/Andalucía/Sevilla, de 26-12- 2002.

⁶⁶ STSJ/Madrid, 20-3-2003 y STSJ/Galicia 27-1-2005.

canismos acosadores, diferenciados por su carácter activo, omisivo o permisivo⁶⁷, va acompañada de forma no siempre coherente, de la exigencia de la producción de un daño material, de índole psíquica o física, aun partiendo de la base de que el AMT constituye una vulneración de la dignidad y de la integridad moral del acosado⁶⁸.

A este respecto, conviene advertir que la inexigencia conceptual de un daño psíquico o físico en el acosado, no implica, sin embargo, que haya de prescindirse de la objetivación del daño, es decir, de la verificación de la conducta con propósito de atacar la dignidad e integridad moral del trabajador. Entre otros motivos, para evitar que las eventuales simulaciones por parte del acosado puedan confundirse con una real y efectiva conducta de acoso, ya que, aun teniendo estas simulaciones un carácter ocasional, no puede descartarse su presencia en el entorno laboral, tal como subraya la doctrina especializada⁶⁹.

La referida objetivación del daño tiene, asimismo, la relevante consecuencia de que la realidad de la conducta dañosa no pueda quedar al albur de su apreciación por el acosado, aunque sea lógico presumir que nadie en su sano juicio desea o admite de buen grado ningún tipo de hostigamiento o humillación psicológicos en el trabajo. De ahí que se rechace por la jurisprudencia la valoración subjetiva del daño por parte de aquél, como elemento configurador del concepto de AMT y se requiera su objetivación probatoria, lo que es compatible con la exigencia jurisprudencial de la percepción por la víctima de las manifestaciones del acoso⁷⁰. Ahora bien, el hecho de que el sujeto acosado haya de percibir la conducta hostil y vejatoria que se desencadena en su contra, no significa que haya de exigírsele una actitud de repulsa de esa conducta. Al contrario de lo que sucede con el acoso sexual, la objetivación del AMT hace inexigible el explícito o implícito rechazo por parte del sujeto acosado para poder apreciar la conducta acosadora. Ello es coherente con la valoración de la dignidad de la persona y su integridad moral como un bien jurídico consustancial a la misma, cuya identificación y repulsa jurídico-laborales no precisan que dicho sujeto despliegue actividad alguna, negativa, positiva o indiferente.

⁶⁷ STS/Canarias, Las Palmas, 28-4-2003.

⁶⁸ STSJ/País Vasco de 26-2-2002; STSJ/Castilla-La Mancha de 26-6-2002, STSJ/Andalucía/Sevilla, de 19-12-2002, SSTSJ/Madrid, 21-3-2006 y 31-3-2006.

⁶⁹ LÓPEZ GARCÍA SILVA, J.A. y GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J. L.: «La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo». En <http://mobbingopinion.bpweb.net/cgi-bin/artman/exec/search.cgi>.

⁷⁰ STSJ/Galicia de 27-1-2005. Siguen aquí los tribunales laborales la doctrina sentada en materia de acoso sexual por el TC. Véase, en este sentido, las SSTC 224/1999, de 13-12 y 136/2001, de 18-6.



C. *La sistematicidad y la reiteración de la conducta acosadora*

La conducta acosadora que integra el AMT no puede ser identificada sobre la base de hechos aislados. Es necesario que la misma venga delimitada por un conjunto de actos que evidencien la existencia de una cierta planificación o urdimbre de hostigamiento y humillación de porte básicamente psicológico hacia el acosado, es decir, que dichos actos obedezcan a un plan de acoso, plasmado en la reiteración de la referida conducta. Algunas precisiones de interés conviene realizar sobre esta adicional delimitación de la conducta de acoso.

Una primera apunta al carácter relativo con que ha de considerarse el rasgo de la sistematicidad en la conducta acosadora. En efecto, la exigencia de un plan de acoso no supone que éste haya de responder a un proyecto «metódicamente organizado»⁷¹, con un diseño inicial de plena trabazón o ensamblaje a fin de que pueda calificarse la conducta como acosadora. Para ello es suficiente con que exista un designio acosador, aunque el mismo se ponga en práctica con cierta desorganización, sin obedecer a una trama de actos predeterminados de forma plena en su concepción y ejecución. A este propósito, ha de tenerse en cuenta que, por su propia naturaleza, la conducta de AMT puede presentar ingredientes de cierta improvisación en cuanto a la clase y contenido de las acciones u omisiones que el acosador lleve a cabo.

Una segunda precisión advierte de que los actos delimitadores de la conducta constitutiva del AMT no han de valorarse desde el prisma de su íntegra licitud. En este sentido, no puede perderse de vista que dichos actos no tienen que conformar en su totalidad comportamientos ilícitos, pudiendo exteriorizarse algunos de ellos como formalmente ajustados a Derecho⁷². Por tanto, lo relevante no es aquí la calificación jurídica de dichos actos aisladamente considerados, sino la significación que en su conjunto muestran en la secuencia de la conducta acosadora.

En tercer lugar, una precisión relativa a la duración del acoso. La reiteración y continuidad de las acciones y omisiones que integran la conducta acosadora constituyen el precipitado natural del plan de acoso, pues acosar ha de entenderse en el entorno laboral en su primario significado de «perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos»⁷³. Pero

⁷¹ Segunda acepción del sustantivo planificación en el diccionario de la RAEL, 22.ª ed, 2001.

⁷² Cfr., a modo de ejemplo, la STSJ/Galicia, de 8-4-2003.

⁷³ En su 3.ª acepción en el Diccionario de la RAEL, 21.ª ed. El término acoso tiene un significado de mayor adecuación para definir el AMT que el también cercano de «asedio», pues «asediar» presenta un menor alcance semántico, ciñéndose a «Importunar a alguien sin descanso con pretensiones» (2.ª acepción en el citado Diccionario).

la prolongación en el tiempo del acoso no requiere una determinada duración del mismo, como se ha propuesto con cierto apresuramiento en algún caso por la doctrina laboralista⁷⁴ bajo la directa influencia de criterios derivados de la Psicología⁷⁵. Cualquier delimitación temporal precisa a este respecto resulta arbitraria y abre la puerta a una calificación jurídica de base cuantitativa, inadecuada para unos derechos que, como sucede con los que tutelan la dignidad de la persona y su integridad moral, no protegen prioritariamente un bien patrimonial, sino una cualidad personal dotada de un fundamento ético inmanente al ser humano, sin perjuicio, claro es, de que de su vulneración puedan también derivarse daños materiales. De ahí que el dato relevante no sea una determinada duración y frecuencia de la conducta lesiva, sino la gravedad que muestre la misma objetivamente, lo que supone una específica valoración en cada caso de la secuencia de actos que configuran aquella conducta⁷⁶.

1.1.2. *Elemento subjetivo*

La consideración de la violencia habitualmente psicológica como laboral, pretende destacar la dimensión subjetiva anudada a este adjetivo, a fin de evidenciar que esa violencia afecta a sujetos vinculados, directa o indirectamente, con el entorno de las relaciones laborales de la empresa. De este modo, el empresario, el trabajador asalariado, el trabajador autónomo, dependiente o no⁷⁷, y cualquier otro sujeto que mantenga alguna relación o vínculo comercial o económico con la empresa pueden ocupar, en línea de principio, las posiciones de sujetos activo y pasivo de dicha conducta, si bien la respuesta protectora hacia el sujeto acosado no provendrá siempre ni tan sólo del ordenamiento laboral. El diverso emplazamiento en esas posiciones está condicionado, como es lógico, por la modalidad de AMT que en aquel entorno laboral puede producirse: vertical, horizontal o mixto.

El acoso vertical puede realizarse en un sentido ascendente o descendente. Los estudios especializados demuestran que el AMT suele ser de carácter vertical descendente⁷⁸, apareciendo un superior jerárquico o el pro-

⁷⁴ MELLA MÉNDEZ, L.: «El acoso psicológico en el derecho del trabajo». *Tribunal Social* núm. 145/2003, pág. 17.

⁷⁵ LEYMANN, H. «The content...», ob. cit., cifra esa frecuencia en una vez por semana durante más de seis meses MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento...» ob. cit., parecen asumir también este lapso temporal.

⁷⁶ STS/Aragón, de 30-6-2003 y STSJ/Cataluña de 1-10-2004.

⁷⁷ Para la distinción legal de esas dos figuras, ver los arts. 1.1 y 11 del PLETA.

⁷⁸ PIÑUELY ZABALA, I.: *Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*. Sal Terrae, Santander, 2001, pág. 55. HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 99.

pio empresario como sujetos activos del acoso respecto del trabajador o trabajadores, ya sea de forma activa cuando es el propio empresario el que provoca la conducta ya sea por vía omisiva, cuando éste tolera o permite la conducta acosadora sin intervenir para atajarla⁷⁹. El acoso vertical ascendente muestra, por el contrario, una frecuencia mucho menor, sin que ello aminore la intensidad de sus efectos perniciosos sobre la víctima⁸⁰. Como es fácil comprender, el menor índice de frecuencia de esta modalidad reposa en el hecho de que el acoso se dirige aquí por parte del trabajador o trabajadores hacia el superior jerárquico, circunstancia que, aunque no la impide, dificulta objetivamente la conducta acosadora, inhibiéndola las más veces dado lo improbable de que la misma alcance su finalidad, especialmente si se realiza de forma individual.

Pese al mayor protagonismo del acoso vertical descendente, los sujetos del AMT no siempre están situados en esa posición de jerarquía. Las formas de acoso horizontal por parte de trabajadores de la empresa que no ocupan un opuesto jerárquicamente superior a otro u otros trabajadores acosados, aunque presentan una frecuencia inferior que la registrada en el acoso vertical descendente, no son tampoco insólitas⁸¹. Menos comunes son las situaciones de AMT en las que el sujeto acosador es un tercero, distinto del empresario o de los trabajadores de la empresa, pero practica este tipo de acoso sobre algunos de estos trabajadores. En este caso se encuentran, por vía de ejemplo, las empresas de contratas o subcontratas, las empresas usuarias respecto de las empresas de trabajo temporal o los proveedores, distribuidores y clientes de la empresa en la que se produce el acoso.

La realidad laboral de la violencia psicológica muestra, asimismo, formas de acoso mixto. Éstas suelen originarse en un acoso horizontal que, desde su comienzo o partir de un determinado momento, cuenta con el apoyo expreso o con el consentimiento tácito del superior jerárquico o del empresario⁸². Estas formas mixtas de acoso evidencian que el componente subjetivo del mismo puede ser individual o plural, tanto por parte del acosador. En este sentido, la utilización en inglés del vocablo *mobbing* como equivalente al AMT evoca la dimensión colectiva del término, utilizado por vez primera en el terreno de la etología para referirse a un grupo de animales pequeños amenazando a un animal solitario mayor y trasladado después al ámbito laboral para identificar un tipo similar de conducta⁸³. Este uso se

⁷⁹ STS/Madrid, de 30-9-2004.

⁸⁰ HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 99.

⁸¹ PIÑUELY ZABALA, I.: *Cómo sobrevivir...*, ob. cit., pág. 55. HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 99.

⁸² HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 102.

⁸³ LEYMANN, H.: *The content...*, ob. cit., pág. 4.

corresponde bien en aquella lengua con el sustantivo *mob* (multitud, muchedumbre) y con el verbo *to mob*, traducido en nuestra idioma como acosar o atacar en masa. Con todo, la realidad laboral enseña que aquella dimensión colectiva del AMT no es la predominante en el entorno laboral, siendo, por el contrario, la versión con sujeto acosador único más común que aquella otra en la que existe una pluralidad de acosadores, habiéndose subrayado, asimismo, lo inusual del acoso a un solo trabajador por parte de un equipo de trabajo en su integridad ⁸⁴.

Cualquiera que sea la forma que el AMT adopte, desde el punto de vista psicológico se ha apreciado en el mismo la existencia de una relación asimétrica de poder, jerárquica o de hecho, como ingrediente necesario de ese acoso ⁸⁵. Siendo un dato adquirido por la literatura especializada que las fuentes de poder sobre las personas no emanan en exclusiva de relaciones de jerarquía laboral, la presencia de una relación asimétrica de poder, aunque contribuya a explicar en el ámbito psicológico los comportamientos de acoso en el trabajo, no constituye, en mi opinión, un elemento configurador autónomo de este tipo de acoso en el plano jurídico-laboral ⁸⁶. Como ya se ha explicado con anterioridad, para apreciar el AMT no es necesario, aunque sea frecuente, que exista un daño físico o psíquico, de modo que, aun dándose la intención de acosar, la víctima no ha de experimentar en todo caso ese tipo de daño, pues no resulta inconcebible, aunque no sea lo más frecuente, que aquélla mantenga su estabilidad emocional, sin sufrir ninguna patología física o psíquica, aunque en todo caso se produzca un daño moral. Esta posible entereza de carácter de la víctima muestra que la relación factual de asimetría no tiene que producirse siempre ni, por tanto, es jurídicamente exigible. Otra cosa es que, en los supuestos de acoso vertical descendente, la posición categorial o funcional del acosador se valore como una circunstancia reveladora de la mayor gravedad del acoso, al prevalerse aquél de una posición de superioridad jerárquica en el entorno laboral.

⁸⁴ *Ibíd.*... pág. 16.

⁸⁵ RODRÍGUEZ PULIDO, F. y TALLO ALDANA, E.: «El método epidemiológico en el estudio del estrés laboral». En GONZÁLEZ DE LA RIVERA, J.L.: *Las claves del mobbing*. Ed. EOS. Madrid, 2005, págs. 86-87.

⁸⁶ Traslado en este punto la dimensión psicológica del AMT a su faceta jurídico-laboral, considera la asimetría de poderes como ingrediente necesario del que denomina elemento organizacional de ese acoso, CORREA CARRASCO, M.: «El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo». En CORREA CARRASCO, M.: (Coordinador): *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*. Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 63-64. En este línea también se sitúa MELLA MÉNDEZ, L.: «El acoso psicológico...», *ob. cit.*, pág. 16. Rehúsa, sin embargo, la relevancia conceptual de la citada asimetría, aunque sin dar razón alguna del rechazo, SERRANO OLIVARES, R.: *El acoso moral en el trabajo*. Consejo Económico y Social, 2005, pág. 45.

Una última precisión es oportuno realizar. En el concepto de AMT que aquí se utiliza, el acoso tiene siempre como sujeto pasivo al trabajador, asalariado o autónomo, individual o pluralmente considerado. Un clásico entendimiento formalista del principio de especialidad regulativa ha conducido a un tratamiento independiente de la relación individual de trabajo para el personal funcionario y asimilado de las Administraciones Públicas que, como se sabe, queda excluido del ámbito de aplicación del ET (art. 1.3, a). Exclusión que no impide advertir, sin embargo, que el AMT de dicho personal también vulnera de plano su dignidad e integridad moral, chocando así tanto con el genérico fundamento tutelar que brindan los arts. 10.1 y 15 CE, como con el específico ofrecido por el art. 63.1 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, aprobatorio de Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado (en la redacción dada al mismo por el art. 3.1 de la Ley 3/1989, de 3 de marzo).

Como es evidente, esa formal separación jurídica proyecta sus efectos en el ámbito protector, ya sea judicial, ya extrajudicial. Al margen de la común tutela punitiva que para trabajadores y empleados públicos sujetos pasivos del AMT brinda el ordenamiento penal, la tutela judicial en el ámbito profesional de estos últimos frente a esta clase de acoso encuentra una vía genérica hábil en la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración Pública empleadora de conformidad a lo dispuesto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, lo que permite reclamar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, entre otras conductas, por las encuadrables en aquel acoso⁸⁷. La protección extrajudicial de este personal frente a este acoso resulta, sin embargo, más problemática, dado que la regulación de los medios de solución extrajudicial de conflictos en la función pública está dirigida básicamente hacia los de carácter colectivo vinculados con la determinación colectiva de las condiciones de empleo, al cumplimiento de los instrumentos negociales y a las impugnaciones en materia de elecciones a órganos de representación unitaria, conforme a lo previsto en los arts. 8 del Convenio 151/1978, de 27 de junio, de la OIT, 28,29 y 38 de la Ley 9/1987, de 12 de junio. Pese a ello, no existe obstáculo alguno para que la negociación colectiva funcional pueda establecer mecanismos de conciliación, mediación y arbitraje en orden resolver en vía extrajudicial los conflictos individuales que puedan surgir entre dicho personal y la Administración Pública empleadora —lo que incluye también los derivados de la situación de AMT—, al amparo de la amplia habilitación reconocida a las partes negociadoras para determinar el contenido de los Acuerdos y Pactos por el art. 32, k, de la Ley 9/1987, en su redacción modificada mediante la Ley 7/1990, de 19 de julio.

⁸⁷ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo. Cfr., en este sentido, la STS (Sala 3.ª), de 23 de julio de 2001,

1.1.3. *Elemento finalista*

Como ya se ha venido subrayando, la violencia psicológica que mediante el AMT se ejerce usualmente contra el trabajador busca, en primer término y de modo inmediato, lesionar su dignidad personal y profesional, así como su integridad moral. Pero este objetivo es tan sólo funcional, pues sirve de medio o instrumento a una doble finalidad sustancial aunque indirecta, puesta de relieve en algunas resoluciones judiciales y en determinados convenios colectivos que han captado bien la compleja realidad de este tipo de acoso. Tal finalidad consiste en crear un ambiente laboral hostil al trabajador, bien poniendo en peligro su empleo, bien degradando el ambiente o medio de trabajo⁸⁸, o bien dirigiendo su conducta hacia ambos objetivos.

De ahí que el concepto de AMT no esté vinculado en exclusiva a un objetivo de autoeliminación o expulsión del trabajador de la empresa, como se sostiene por algunos autores⁸⁹ y cierta jurisprudencia⁹⁰. Junto a esa autoexclusión o eliminación, la conducta de acoso puede dirigirse también a su postración profesional, mediante la degradación de sus condiciones de trabajo⁹¹. Con este objetivo no se pretende que el trabajador abandone la empresa, sino que se ajuste a un comportamiento sumiso y acrítico, impidiendo, a guisa de ejemplo, que ponga en tela de juicio, sin sobrepasar los límites de la libertad de expresión, los criterios o los modos de dirección del trabajo, que cuestione los métodos de trabajo implantados en la empresa o forzándole a determinados cambios de condiciones de trabajo⁹². La pretensión empresarial de lograr esa actitud obsecuente puede buscarse desplegando con esa finalidad una conducta de AMT, que el recto ejercicio del poder directivo empresarial no puede legitimar en ningún caso, tal como ha sentado con firmeza la doctrina del TC afirmando que «no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradi-

⁸⁸ STS (Sala 3.ª) de 23-7-2001, STSJ/Navarra, de 30-4-2001 y STS/Castilla y León de 28-2-2005. Ver, también, en este sentido, el art. 43.C, c.11 del CC para Acuicultura Mariana de Andalucía (BOJA de 4-4-2006).

⁸⁹ GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral...* ob. cit., pág. 81. CORREA CARRASCO, M.: «El concepto jurídico...», ob. cit., pág. 61.

⁹⁰ Cfr., por vía de ejemplo, STSJ/Galicia, de 16-1-2004.

⁹¹ HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 19. GARCÍA CALLEJO, J. M.: *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*. Ed. Federación de Servicios Públicos de UGT. Madrid, 2003, pág. 56.

⁹² PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑATE CANTERO, A.: «Mobbing o acoso psicológico...», ob. cit., págs. 192-193. SEBASTIÁN HERRAZ, J.: «Aspectos clínicos del acoso laboral» En GONZÁLEZ DE RIVERA, J. L. *Las claves del mobbing*. Ed. EOS, pág. 112.

cho por la propia existencia del conflicto, cuya legitimidad general ampara el texto constitucional»⁹³.

Esta segunda finalidad sustancial de la conducta acosadora quedaba de relieve en la referida Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista relativa al derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo. En ella se incluía, al definir esta figura, los comportamientos, palabras o actitudes que pusieran en peligro o degradaran las condiciones de trabajo del sujeto acosado. Esta referencia a las condiciones de trabajo es necesaria para integrar ese tipo de acoso desde el ángulo finalista que ahora se considera. Y no porque siempre haya de estar presente en el AMT un cambio de tales condiciones de trabajo con propósito o efecto de hostigamiento psicológico, pues esa alteración puede o no existir. Tal alusión ha de entenderse en el sentido de que las circunstancias en que se presta el trabajo a partir la conducta dañosa, trufada en general de manifestaciones pluriofensivas de la dignidad del trabajador y, con frecuencia, de su salud física y/o psíquica, crean un clima de inseguridad o degradación del ambiente o entorno laboral que incide en las condiciones en que el mismo se presta, ya sea para que el trabajador abandone la empresa, ya sea con la finalidad de que se someta a unas determinadas pautas en su prestación laboral, que en ningún caso vienen exigidas por la relación de trabajo que le vincula con aquélla.

1.1.4. *Elemento locativo*

La calificación jurídico-laboral del AMT ha de contar, asimismo, con el entorno en que esta conducta se produce. La identificación de ese entorno no debe realizarse bajo un criterio restrictivo, pues obrando de este modo quedarían al margen de la figura conductas que objetivamente la integran y su prevención y protección resultarían ineficaces o menoscabadas. En consecuencia, será conceptualmente erróneo considerar que este tipo de acoso ha de producirse únicamente en el puesto de trabajo o en el lugar de trabajo, aunque esto sea lo usual. La realidad sociolaboral enseña que puede también desarrollarse fuera del recinto de la empresa o del centro de trabajo⁹⁴. Y no sólo porque los comportamientos que integran la conducta acosadora se lleven a cabo cuando la actividad laboral se presta de forma itinerante. También en las ocasiones en que tales comportamientos se ejecuten fuera del puesto de trabajo o del lugar en que el trabajador acosado presta sus servicios, pero en conexión causal con su trabajo. A modo de ejemplo, pue-

⁹³ STC 120/1983, de 15-12.

⁹⁴ SAGARDÓY BENGOCHEA, J. A. y GIL GIL, J. L.: «El acoso psicológico...», ob. cit., págs. 815-816.

de invocarse ahora la situación en que el empresario cuestiona la profesionalidad del acosado con intención humillante o vejatoria y difunde esa valoración no sólo en el ámbito estricto de la empresa, sino entre otros empleadores y/o clientes de la misma. De ahí que peque de reduccionismo identificar el elemento locativo con el lugar de trabajo⁹⁵ o al puesto de trabajo en que la víctima del acoso desempeña su cometido laboral. Resulta conceptualmente más exacto aludir al entorno sociolaboral del acoso, considerándolo como una realidad material intra y extraempresarial, aunque vinculada siempre en este último ámbito a la relación laboral del acosado a fin de que la noción de esta clase de acoso no se dilate con desmesura y pierda todo nexo de causalidad con ese contexto.

Este entendimiento cuenta con una fundamentación normativa de indudable solidez. En efecto, al hallarse anclado el derecho estatutario a la consideración debida a la dignidad del trabajador (art. 4.2, e, del ET) en el derecho fundamental a la integridad moral (art. 15. CE), la interpretación de este último exige acudir, en clave sistemática y en virtud del mandato del art. 10.2 CE, a los acuerdos internacionales ratificados por España que regulen el AMT. De conformidad con este canon hermenéutico, el artículo 26.2 de la Carta Social Europea, en su versión reformada, enmarca el elemento locativo de la conducta calificable como AMT «en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo». No ofrece duda, por tanto, que dicho elemento ha de delimitarse con la amplitud material derivada de este precepto, al acoger el mismo de modo más acabado y eficaz la realidad social que se pretende atajar y proteger.

1.2. El plano de la norma legal: la incidencia de determinadas situaciones en el concepto de acoso moral en el trabajo

La previa tarea delimitadora del AMT a fin de poder encarar su debida protección, judicial o extrajudicial, no concluye con el trazado de los elementos que caracterizan la figura. Requiere, asimismo, un deslinde conceptual que permita distinguirla de otros supuestos con los que tiene ciertos puntos de contacto, de mayor o menor intensidad.

Estos puntos de conexión se establecen con situaciones, conflictivas o no, que se producen en la relación de trabajo, ya sea de forma independiente del AMT, ya sea en concurso con esta figura, dado que dichas situaciones pueden surgir con carácter instrumental respecto de la conducta acosadora, lo que, en ocasiones, acentúa la dificultad de establecer la ade-

⁹⁵ Participa de ese enfoque reductor DE VICENTE PACHÉS, F.: «La configuración...», ob. cit., pág. 56.

cuada distinción. En todo caso, el criterio que permite trazar con claridad esa diferencia reposa sobre el elemento finalista integrante de la noción de esta clase de acoso.

Ese elemento teleológico del AMT está ausente en las vejaciones de índole sexual, que pueden acompañar a aquél como medio de hostigar psicológicamente a la víctima en conjunción con otros, pero que no comparece siempre como instrumento necesario del tipo de acoso aquí estudiado, presentándose con mayor frecuencia de modo independiente bajo el tipo de acoso sexual en el trabajo (arts. 4.2, e, y 54.2, g) ET). Su finalidad estriba en «un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y artículo 1.º de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo)»⁹⁶. Es esta finalidad de orden sexual la que separa claramente el acoso sexual del objetivo de autoexclusión o de postración laboral que el AMT persigue.

La misma pauta brindada por el elemento finalista muestra que el AMT no obedece tampoco a una presión laboral derivada de un trabajo estresante o de una situación conflictiva provocada por controversias de orden laboral que pueden enfrentar a las partes de las relaciones individual y colectiva de trabajo⁹⁷. Pero, al tiempo, conviene recordar que tampoco es necesario para poder apreciar la conducta acosadora el ejercicio de una violencia psicológica extrema, tal como se exige desde una perspectiva psicológica. Baste dejar apuntado ahora que el ataque a la dignidad y a la integridad moral del trabajador no ha de revestir en todo caso el nivel de gravedad aparejado al ilícito penal tipificador del trato degradante (art. 173 C.P.) o de otros delitos que pueden tener al trabajador como sujeto pasivo, tales como las lesiones (art. 147 C.P.), las amenazas (arts. 169 y ss. C.P.) o las coacciones (art. 172 C.P.), pues el principio de intervención mínima que caracteriza ese sector del ordenamiento no rige en el ámbito laboral. La finalidad autoexcluyente o de sometimiento propia del AMT permitirá aquí también diferenciarla de otras situaciones conflictivas que, si bien pueden aflorar instrumentalmente en el marco de una conducta acosadora e incluso ser su antesala, actúan de modo autónomo obedeciendo a otras circunstancias relacionadas con ritmos, jornadas o condiciones de trabajo exigentes o inapropiados, o con contenedores consustanciales a un sistema normativo de relaciones de trabajo⁹⁸ que

⁹⁶ STC 224/1999, de 13-12.

⁹⁷ STSJ/Murcia de 2-9-2003 y STSJ/ Madrid, de 31-3-2006.

⁹⁸ STSJ/Murcia de 23-6-2003.

acepta los valores del pluralismo social y del consecuente conflicto laboral, aunque esa aceptación no llegue a cuestionar en profundidad el fundamento ético-jurídico del sistema económico sobre el que aquel otro de orden normativo se alza.

El AMT debe deslindarse también, sin intención de exhaustividad, del abuso de derecho, pues no estamos aquí ante figuras intercambiables. La presencia de una conducta abusiva no es ingrediente esencial del AMT, ya que no todo abuso de derecho puede considerarse violencia comúnmente psicológica, aunque esa conducta pueda servirse, con relativa frecuencia, de comportamientos abusivos. Ha de recordarse, a este propósito, que el abuso de derecho supone la producción de un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica⁹⁹, en tanto que frente a la conducta acosadora el trabajador queda primariamente protegido a través del derecho a la consideración debida a su dignidad y de otros derivados del mismo o conexos con él, aunque la eficacia de esa protección aconseje, como pudo verse, una regulación legal específica de esta figura.

La jurisprudencia se ha hecho eco de esta necesaria distinción, señalando que «no toda manifestación del poder empresarial, aunque se ejerza de forma abusiva, puede calificarse como acoso moral», por lo que no debe identificarse el acoso moral con el ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial, «pues mientras que con éste el empresario suele simplemente buscar por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de la mano de obra, imponiendo condiciones de trabajo más favorables a sus intereses, con el acoso moral lo que se busca es causar un daño al trabajador socavando su personalidad. El interés organizativo de la empresa no se presenta en primer plano, pues resulta obvio que la existencia de un clima hostil en el lugar de trabajo no lo procura, como tampoco la utilización del trabajador en actividades inútiles, irrealizables o repetitivas»¹⁰⁰.

Bajo la probable influencia de criterios de índole psicológica¹⁰¹, propiciaba una indeseable mezcla de planos conceptuales la precitada Proposición de la Ley sobre el derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo, de 23 de noviembre de 2001, al calificar como acoso moral toda conducta abusiva o de violencia psicológica (art. primero, núm. 4). Establecer esta disyuntiva es conceptualmente incorrecto, porque «toda» conducta abusiva no desemboca de modo necesario, como ya se dicho, en el AMT. Es de nuevo el elemento teleológico de esta figura el que autoriza a establecer la indispensable distinción entre esta clase de acoso y el ejercicio abusivo del

⁹⁹ DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I.* Tecnos. Madrid, 1989, pág. 460.

¹⁰⁰ STSJ/Cataluña 11-2-2004 y STSJ/Canarias de 14-3-2005.

¹⁰¹ HIRIGROYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 19.



poder empresarial, dado que, si bien éste es susceptible de ser utilizado al servicio de ese acoso, también puede acudir a él de forma autónoma bajo el designio de lograr una mayor productividad por vía torticera, sin pretender la humillación o vejación del trabajador buscando su autoeliminación de la empresa o su sometimiento incondicional a determinados métodos directivos u organizativos establecidos por aquélla.

1.3. El plano de la norma convencional: las carencias del concepto de acoso moral en el trabajo en la negociación colectiva

En el ámbito de la negociación colectiva, sobresale, como principal característica del tratamiento que los convenios proporcionan al AMT, la escasa atención que éstos dispensan a esta figura. Bajo ese criterio de parquedad reguladora, las cláusulas convencionales que afectan a la misma pueden encuadrarse en dos tipos, obedientes a la finalidad que las alienta: preventivas y sancionadoras.

Dejando para un momento posterior las cláusulas de corte preventivo, puede observarse que la identificación convencional del concepto de AMT suele hacerse con más frecuencia en el marco del régimen disciplinario como presupuesto para el establecimiento de la infracción tipificadora de esa conducta. En ese ámbito material, la disparidad reguladora es el denominador común en la delimitación convencional del referido concepto, lo que no puede sorprender teniendo en cuenta que el AMT carece de regulación específica por la norma legal.

El carácter heteróclito de esa regulación, dificulta, ciertamente, el señalamiento de las carencias más prominentes en el tratamiento convencional del concepto de AMT. Con todo, observando con cierto pormenor el diseño que los convenios colectivos dispensan al AMT y por lo que hace a los de ámbito supraempresarial vigentes, en los que, con distinta extensión, intensidad y acierto, se presta atención a la figura, se aprecian algunos problemas comunes en esa regulación. Estos problemas se presentan de ordinario como deficiencias reguladoras, objetivamente impeditivas de la adecuada protección extrajudicial frente a la conducta acosadora en la definición que de dicha figura aquí se ha propuesto.

Sin considerar ahora el tratamiento que el convenio brinda al régimen disciplinario de la figura en estudio, las deficiencias reguladoras más notorias en la definición de la figura se localizan en dos tipos de cláusulas: unas son de carácter programático, otras de orden definitorio. Entre las primeras destacan aquellos convenios que se limitan a realizar meras alusiones genéricas a la figura, asumiendo las partes negociadoras el compromiso de actuar con criterios de prevención y solución del AMT, pero sin abordar en

ningún momento su definición y, en consecuencia, remitiendo a un momento posterior la delimitación de dichos criterios ¹⁰².

En lo tocante a las cláusulas que abordan la definición de la figura, las deficiencias de la regulación afectan a los distintos elementos objetivo, subjetivo, finalista y locativo que conforman el concepto de AMT aceptado en este trabajo. Las que con mayor frecuencia introducen variables que distorsionan la deseable homogeneidad de dichos elementos pueden sintetizarse como sigue.

Las cláusulas que versan sobre el elemento objetivo muestran dos tipos de deficiencias. De un lado, la ampliación del contenido de la conducta de acoso, calificando la violencia psicológica de extrema, excluyéndose tácitamente de este modo los comportamientos que, aun revistiendo suficiente gravedad, no alcance ese nivel máximo de violencia ¹⁰³. De otro, la reducción de dicho contenido tan sólo a la conducta abusiva, dejando fuera de la misma la violencia psicológica ¹⁰⁴.

El deficiente tratamiento del elemento subjetivo del AMT es visible en las cláusulas convencionales que establecen la indeterminación de los sujetos pasivos del acoso, calificados, a un mismo tiempo, de «personas» y de «trabajador» ¹⁰⁵, así como en aquellas otras que introducen un componente volitivo inexigible en el sujeto pasivo del acoso, al calificarse como tal «toda conducta no deseada» ¹⁰⁶.

Lastre compartido en el acotamiento del elemento finalista por la negociación colectiva examinada, es el de limitar la finalidad de la conducta de acoso al logro del abandono del trabajo por parte del trabajador ¹⁰⁷, orillando el objetivo de someter al trabajador, mediante aquella conducta, a unas pautas directivas u organizativas que no se sujetan a un fundamento normativo y razonable, buscando así la postración profesional de aquél. En lo to-

¹⁰² Art. 36, A, CC del Comercio de Alimentación de Jaén (BOP 8-10-2005); art. 35 CC del Comercio del Calzado de Jaén (BOP 16-11-2005), o el art. 50 del CC del Comercio de la Piel en general de Madrid, (BOCM 4-11-2005).

¹⁰³ Disposición Final quinta del CC del Sector de Comercio de Alimentación de Madrid (BOCM de 24-4-2006), art. 50 del CC del Comercio de la Piel en general de Madrid (BOCM 4-11-2005).

¹⁰⁴ Art. 43.C, c.11 del CC para Acuicultura Mariana de Andalucía (BOJA de 4-4-2006), art. 46 CC del Comercio e Importaciones de Artículos fotográficos, vídeo y sonido de Barcelona (DOGC 27-1-2004), art. 46 del CC del Comercio e Importadores de Artículos Fotográficos, vídeo y sonido (DOGC 27-1-2004).

¹⁰⁵ Disposición Final quinta del CC del Sector de Comercio de Alimentación de Madrid (BOCM de 24- 4-2006), art. 35 del CC del Comercio del Calzado de Jaén (BOP 16-11-2005).

¹⁰⁶ Art. 53 del CC Interprovincial de Administraciones de Loterías (BOE 27-7-2004), art. 37.3, n, del CC interprovincial del Comercio de Flores y Plantas (BOE 26-10-2005).

¹⁰⁷ Disposición Final quinta del CC del Sector de Comercio de Alimentación de Madrid (BOCM de 24- 4-2006).



cante al elemento locativo, en fin, es habitual restringir el ámbito de afectación material del acoso al lugar de trabajo o al centro de trabajo, con el inmediato efecto de expulsar tácitamente de dicho elemento aquellas conductas de acoso acaecidas en el entorno sociolaboral del trabajador y vinculadas a su prestación de trabajo¹⁰⁸.

En suma, la regulación convencional del concepto de AMT que aquí se ha considerado está alejado, como puede verse, de acomodarse a deseables pautas de homogeneidad. Pero el balance que esa regulación arroja no obedece a un inadecuado uso de la autonomía normativa por parte de los interlocutores sociales. Responde a la ausencia de una norma estatal específica de apoyo, que proporcione suficiente cobertura y seguridad jurídica a la acción convencional a fin de que la misma pueda cumplir en este terreno esenciales funciones de complementariedad y suplementariedad, desplegadas no en el ámbito definitorio de este tipo de acoso, sino en los primordiales aspectos de su prevención y protección extrajudicial.

2. LAS TÉCNICAS DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO EN RELACIÓN CON SUS CAUSAS Y EFECTOS

2.1. Las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial del acoso moral en el trabajo: su necesidad

Como ya ha quedado de manifiesto, la tarea legislativa encaminada a delinear el concepto de AMT es un presupuesto necesario para encarar con mayor seguridad y eficacia la protección frente a este tipo de acoso, en el plano extrajudicial, lo que también reza, aunque aquí no se aborde, para el plano judicial. El acierto con el que esa tarea definitoria se realice, exige, a su vez, un conocimiento objetivo sobre las causas y los efectos de esta clase de acoso. La ausencia de esa tarea normativa y de la consecuente incorporación a la norma legal de los elementos derivados de ese conocimiento previo, ayudan a explicar que las respuestas brindadas por el ordenamiento laboral frente a aquel tipo de acoso se hayan centrado básicamente en la tutela judicial, bien como autodefensa del sujeto acosado mediante la acción rescisoria del art. 50.1, c, ET o de las acciones de tutela de los arts.

¹⁰⁸ Disposición Final quinta del CC del Sector de Comercio de Alimentación de Madrid; (BOCM de 24- 4-2006); art. 37.17 del CC del sector de Almacenistas de alimentación de Navarra (BON 3-12-2004), art. 25 del CC del Comercio de Materiales de la Construcción de Cantabria (BOC 26-8-2004).

180 y 181 LPL (inhibitoria, restauradora y resarcitoria), bien como tutela del interés empresarial al mantenimiento del orden en la empresa y, de forma indirecta, del trabajador acosado, a través del despido disciplinario del trabajador sujeto activo del acoso que incurra, por tanto, en un incumplimiento contractual, grave y culpable de sus obligaciones (art. 54.2, ET) Pero, aun siendo necesaria, esta clase de protección resulta a todas luces insuficiente a poco que se reflexione sobre el particular. Y lo es, al menos, por dos razones.

En primer lugar, por una insuficiencia de tipo contractual, ya que a la degradante situación de acoso moral que sufre el trabajador acosado, se puede sumar la negativa afectación a su estabilidad en el empleo si éste se ve obligado a solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, al amparo del artículo 50.1, c, del ET, cuando éste no ejercita su poder disciplinario a fin de atajar la situación o cuando es él mismo quien lleva a cabo la conducta de acoso.

En segundo término, por una insuficiencia de orden estructural. Es evidente que la continuidad en el empleo del trabajador acosado queda asegurada si, de forma conjunta o alternativa, por un lado, éste reclama la tutela de su derecho fundamental a la integridad moral y demás derechos fundamentales eventualmente vulnerados por la vía de la correspondiente modalidad procesal (arts. 175 y siguientes de la LPL) y, de otro, el empresario hace uso de su poder disciplinario imponiendo la correspondiente sanción al acosador que, dada la gravedad de este tipo de conducta, alcanzará con frecuencia la de despido disciplinario, apoyado comúnmente en las causas previstas en el artículo 54. 2, c, y d, del ET.

Ahora bien, pese a respetar la estabilidad en el empleo del trabajador víctima del acoso moral, esta doble tutela adolece, ciertamente, de una insuficiencia estructural. Por un lado, porque si la forma en que se ejerce el poder directivo y organizativo propician un clima laboral áspero, tenso o generador de condiciones de trabajo deficientes, permanecerá el caldo de cultivo para que el acoso moral se reproduzca. Por otra parte, porque las causas de despido disciplinario contempladas en el art. 54.2, apartados c y d, ET no comprenden la plural morfología con que se manifiesta este tipo de acoso o no la integran con suficiente precisión.

Las insuficiencias que aquejan a las respuestas normativas aprestadas para la protección judicial del AMT aconsejan acudir, en la medida de lo posible, a las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial frente a este tipo de acoso, dado que, si éstas son adecuadamente utilizadas, pueden contribuir a soslayar esas insuficiencias, siendo, por ello, más recomendables aunque actúen en momentos distintos y no sean en todo caso incompatibles de suyo con la tutela judicial.



Bajo esta perspectiva de actuación, no debe perderse de vista que el recurso a las técnicas de protección reactiva extrajudicial frente al AMT entra en juego cuando este tipo de acoso se ha activado y cuando todos o algunos de los efectos del mismo ya se han desatado y proyectado sobre la víctima de esta conducta. Ello es así porque estas técnicas, centradas en la solución del conflicto, en su reparación y sanción, ofrecen medidas que, aunque en ocasiones pueden contribuir a la solución de aquél y, en el mejor de los casos, resolverlo, presentan una finalidad de orden paliativo de una situación de hostigamiento y humillación laboral que ya se ha desatado y que incluso puede proseguir a pesar de la adopción de algunas de medidas protectoras.

Esta limitación de las técnicas y medidas de protección reactiva extrajudicial frente al AMT revela ciertamente la resistencia de las causas que lo provocan a un tratamiento jurídico-laboral que se ciña únicamente al terreno de la intervención posterior al surgimiento de la conducta acosadora. De aquí deriva la indudable necesidad de que, junto a los mecanismos propios de esta intervención, se diseñe y ponga en práctica la técnica preventiva de esta conducta acosadora que, actuando sobre las causas que la provocan, establezca dispositivos jurídico-laborales dirigidos a suprimir o a reducir y controlar las situaciones de riesgo en cuyo caldo de cultivo puedan germinar tales causas en el entorno laboral, a fin de evitar así, en la medida de lo humanamente posible, la aparición del acoso y la utilización de aquel tipo de intervención reactiva.

En todo caso las respuestas preventivas y de protección extrajudicial reactiva que el ordenamiento laboral puede prestar frente al tipo de acoso que nos ocupa, han de partir, como ya quedó dicho, de un claro y fiable conocimiento de sus causas y efectos, aunque esta necesaria tarea tenga un carácter metajurídico y una marcada complejidad. Pero, como es fácil comprender, este conocimiento fidedigno aparece como condición necesaria a fin de poder articular de forma adecuada aquellas respuestas.

2.2. Las causas y los efectos del acoso moral en el trabajo desde la óptica de las técnicas preventiva y reactivas de protección extrajudicial

Por lo que a las causas del AMT se refiere, los estudios más solventes llevados a cabo sobre esta clase de acoso coinciden en negar que las distintas formas de violencia en el trabajo, incluida la psicológica, puedan explicarse sobre la base de un solo factor. Aceptado este punto de partida, la plural etiología que muestra aquel acoso es susceptible de reconducirse a la presencia de factores subjetivos, factores socio-económicos y factores

organizativos ¹⁰⁹. Todos ellos pueden comparecen conjunta o alternativamente, aunque su presencia integrada o combinada sea lo más usual, en especial por lo que se refiere al comportamiento individual y al entorno laboral ¹¹⁰.

La frecuente interacción de estos factores entre sí no significa que su relevancia causal sea semejante. Los factores subjetivos suelen surgir y proliferar con mayor facilidad cuando determinadas causas de orden socio-económico y organizativo están ya presentes en el entorno laboral. Puede decirse, en este sentido, que estos dos últimos factores constituyen el caldo de cultivo o el substrato sobre el que se gesta el primero ¹¹¹.

De este modo, la envidia, los celos profesionales, el egoísmo exarcebado o la personalidad aquejada de patologías psicóticas, son algunos de los factores subjetivos que pueden originar el acoso moral, pero que, a su vez, están claramente favorecidos por un contexto social de globalización de la actividad económica, de precariedad en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como por un substrato empresarial organizativo deficiente. Los factores que alimentan este contexto organizativo presentan una variedad reacia al esquematismo. Entre ellos pueden evocarse la carga excesiva de trabajo, los niveles extremos de exigencia laboral, el consecuente sometimiento a un intenso estrés, el marcado autoritarismo en la dirección de personal, el obturamiento de los cauces de comunicación o la falta de reconocimiento de la valía profesional. El denominador común de todos ellos es su marcada impregnación por los valores de la eficacia económica y de la competitividad desbocada, con preterición o menoscabo sistemáticos de la dignidad de la persona del trabajador ¹¹², de forma que el viejo ideal de la liberación de la mano de obra por la máquina y la tecnología viene a considerarse como un objetivo obsoleto y subordinado al incremento de la eficacia en la producción ¹¹³.

Pese al combinado papel que suelen jugar en el surgimiento del AMT los mencionados factores, conviene subrayar que ninguno de ellos se sitúa en el terreno de su definición jurídico-laboral como elementos configuradores de dicho acoso ¹¹⁴, sino en calidad de causas o coadyuvantes de su apari-

¹⁰⁹ FONDATION EUROPÉENNE POUR L'AMELIORATION DES CONDITIONS DE VIE ET DE TRAVAIL: *Prévention et de harcèlement et de la violence sur le lieu du travail*. Dublin, 2003, págs. 2-3.

¹¹⁰ CHAPPELL, D. y DI MARTINO, V.: *Violence at work*. <http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/violence/violwk/violwk.pdf>. págs. 6-7.

¹¹¹ CHAPPELL, D. y DI MARTINO, V.: *Violence...*, ob. cit., pág. 7. MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento...» ob. y lug. cit.

¹¹² HIRIGOYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., págs. 39-42 y 165-180. MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento psicológico...», ob. y web cit. PARLAMENTO EUROPEO: *Resolución sobre el acoso moral en el trabajo*. 20-9-2001. (núm. 2001/2339).

¹¹³ ARENDT, H.: *La condición humana*. Paidós. Barcelona, 1998, págs. 169-170.

¹¹⁴ STSJ/Madrid, de 31-3-2006.

ción, siempre que los elementos que integran aquel concepto puedan ser identificados en el caso concreto. La consideración jurídico-laboral de dichos factores habrá de revertir en la debida utilización de las técnicas preventiva y de protección extrajudicial reactiva, pero esto no significa que hayan de integrar de modo necesario el concepto de este tipo de acoso. Por lo demás, la presencia de los referidos factores como origen de la conducta acosadora puede ser autónoma o concurrente. Piénsese, por vía ejemplar, en que la presencia de los celos profesionales, derivados una excelente valía laboral del acosado como origen de la conducta acosadora ¹¹⁵, no tiene que estar siempre vinculada de forma inevitable a la deficiencia organizativa de la empresa, sino que pueden deberse únicamente al específico psiquismo del acosador, al margen de que determinadas formas de organización de la empresa faciliten y acentúen este tipo de actitudes ¹¹⁶.

La etiología multifactorial a que obedece el AMT, genera, como es lógico suponer, una pluralidad de efectos, estudiados en profundidad por la Psicología y la Psiquiatría, pero que, sin duda, interesan sobremanera al Derecho del Trabajo a fin de ofrecer unas respuestas idóneas a esta forma de conflicto laboral, en cuanto aquí importa, desde el punto de vista de la intervención preventiva y reactiva de orden extrajudicial que este sector del ordenamiento puede prestar con eficacia.

Recordemos ahora, a este respecto, que, si bien para calificar la conducta típica del AMT basta con la presencia de un daño moral, no siendo necesaria la producción de un daño de orden material, físico o psíquico, en el sujeto pasivo, en un elevado porcentaje de casos obedientes a esta clase de acoso ese resultado materialmente dañoso está presente. La concreción de este resultado no es única, sino que se expresa en una panoplia de efectos que no deben confundirse con las manifestaciones de la conducta acosadora más arriba apuntadas. Esas otras expresiones conforman la conducta típica del acosador (violencia habitualmente psicológica, moralmente dañosa, sistemática y reiterada) y hacen acto de presencia de forma simultánea o posterior a la aparición de los factores que las originan.

Los efectos del AMT presentan una fenomenología con incidencia en distintos sujetos y ámbitos, lo que implica que no todas esas consecuencias puedan ser tratadas con el instrumento de la norma laboral. Al margen de la

¹¹⁵ PIÑUEL Y ZABALA, I. y OÑATE CANTERO, A.: «Mobbing o acoso psicológico...», ob. cit., pág. 191.

¹¹⁶ Por vía de ejemplo, postula el contexto organizativo empresarial como elemento concurrente del AMT CORREA CARRASCO, M.: (Coordinador): *Acoso moral...* ob. cit., págs. 63-64) Se confunden así los planes definitorio y causal de esta clase de acoso. Una organización del trabajo tributaria de una visión economicista de la competitividad y la flexibilidad en el trabajo no está siempre presente en el AMT, aunque constituye un excelente substrato en el que puede y suele brotar este tipo de acoso.

misma quedan, en general, los efectos que este acoso puede desplegar en el ámbito familiar y de relación social del sujeto acosado. La respuesta del ordenamiento laboral se centra, por tanto, en los efectos del acoso tanto para dicho sujeto como para la organización empresarial, sirviéndose en este terreno de las técnicas preventivas y reactivas de protección extrajudicial.

Como ya se ha señalado, uno de los principales y frecuentes efectos de este acoso para el trabajador víctima del mismo es el impacto sobre su salud. La gravedad de los efectos en esta esfera varía en función del tipo de acoso (son más graves cuando impactan sobre la persona aislada que sobre el grupo), de su duración, intensidad y vulnerabilidad de la víctima¹¹⁷. Como es lógico suponer y luego ha de verse, la distinta incidencia de estas variables en los efectos psíquicos (tales como ansiedad, sentimientos de fracaso, impotencia, apatía, desmotivación, baja autoestima, distorsiones cognitivas, irritabilidad o depresión) y físicos (patología psicósomática que suele plasmarse en dolores y trastornos funcionales y en alteraciones orgánicas)¹¹⁸ del acoso sobre aquél, tiene diversas consecuencias en las respuestas que brindan las técnicas reactivas extrajudiciales en los planos resarcitorio, reparador y sancionador que tratan de afrontar los daños de carácter moral, psíquico y físico del trabajador, así como de atajar y corregir los eventuales incumplimientos empresariales en materia laboral y de salud en el trabajo.

Por otra parte, y desde una visión holística de la empresa, interesa destacar que la organización y funcionamiento de aquélla pueden verse afectados, si no lo estaban con anterioridad, o bien resultar acentuados en el supuesto de que ya se vinieran detectando deficiencias en el entorno laboral. La distorsión de la comunicación y colaboración entre los trabajadores, la disminución del rendimiento, el incremento del absentismo, el impedimento o la obstrucción del trabajo en grupo, el mayor riesgo de accidentabilidad en el trabajo, son, entre otros, efectos que inciden en este ámbito organizativo y funcional de la empresa como consecuencia de la conducta de acoso moral¹¹⁹.

En todo caso, ya se trate de factores subjetivos, socioeconómicos u organizativos, es necesario ser consciente de que, por lo común, las principales dificultades para la adecuada utilización tanto de la técnica preventiva como de las técnicas reactivas extrajudiciales derivarán del tipo de acoso moral que se practique, del sujeto activo del mismo y de la existencia o

¹¹⁷ HIRIGROYEN, M. F.: *El acoso moral...*, ob. cit., pág. 105.

¹¹⁸ SEBASTIÁN HERRANZ, J.: «Aspectos clínicos...», ob. cit., pág. 104.

¹¹⁹ MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: «NTP 476. El hostigamiento...», ob. cit.



no de órganos en el seno de la empresa con facultades para abordar los conflictos suscitados. En el supuesto de que estemos ante un acoso moral individual promovido, realizado o consentido por el empresario estas variables aparecerán como obstáculos relevantes para utilizar dichas técnicas, puesto que su protagonismo directo o en la penumbra relevará su falta de disposición para aplicarlas. Por otra parte, la inexistencia en tal supuesto de órganos de representación legal de los trabajadores (sindical, unitaria y/o en materia de seguridad y salud laborales) y/o de otros órganos competentes en la materia en el ámbito empresarial contribuirá, asimismo, a dificultar una solución eficaz y equitativa del conflicto mediante el uso de aquellas técnicas.

3. LA TÉCNICA PREVENTIVA DEL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO COMO MECANISMO IDÓNEO PARA ELUDIR O ATEMPERAR SU PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL

3.1. La prevención del acoso moral en el trabajo como riesgo laboral

3.1.1. *Fundamento conceptual y acomodo normativo*

Como está acreditado, el AMT conlleva altas dosis de agresividad psíquica, junto a las eventuales agresiones físicas que pueden acompañarle. Los estudios solventes sobre el tratamiento de las distintas formas de violencia en el trabajo han ido haciendo énfasis de modo paulatino en una prevención de las mismas orientada a la eliminación de sus causas, más que a la priorización de los mecanismos reactivos de signo paliativo¹²⁰, llegando a considerarse la actividad preventiva de aquel tipo de acoso como «un elemento básico para mejorar la vida laboral y evitar la exclusión social»¹²¹. En el ámbito de la UE, pese a la exigua atención institucional que se le ha dedicado al citado acoso, el Parlamento Europeo no ha dejado de hacer oír su voz recomendado «a los Estados miembros que obliguen a las empresas y los poderes públicos, así como a los interlocutores sociales, a poner en práctica políticas de prevención eficaces»¹²², para lo cual, y según ha señalado la Comisión Europea, «La política comunitaria de salud y seguri-

¹²⁰ DI MARTINO, V. y MUSRI, M.: *Guidance for the prevention of the stress and the violence on the workplace*. Department of Occupational Safety and Health. Malaysia. Kuala Lumpur, 16-10-2001, pág. 8.

¹²¹ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL TRABAJO. «Acoso moral en el trabajo». *FACTS* núm. 23/2002, pág. 2.

¹²² PARLAMENTO EUROPEO: «Resolución...», ob. cit. punto núm. 12.

dad en el trabajo debe tener como objetivo la mejora continua del bienestar en el trabajo, un concepto que integra dimensiones físicas, morales y sociales»¹²³.

La idea básica que late en la preferencia por la utilización de la técnica preventiva en el ordenamiento laboral para combatir las distintas formas de violencia en el trabajo, tiene su origen en la convicción de que la agresividad humana puede ser prevenida, ya que las conductas violentas son producto de un aprendizaje de la violencia, rechazándose de este modo la tesis de las raíces naturales y espontáneas de la misma¹²⁴. Desde este fundamento psicosocial se considera por tanto errónea la tesis, sustentada por algunos etólogos y adoptada luego por una vertiente del pensamiento psicológico y psicoanalítico, de que la pulsión de la agresividad surge de manera instintiva en el ser humano y resulta inmodificable o tan sólo mitigable mediante el aprendizaje¹²⁵. Lejos de este enfoque, la óptica preventiva afirma que la persona nace tanto con una potencialidad agresiva como con capacidad para la compasión y la generosidad, lo que viene a acreditarse, entre otras consideraciones, por el hecho de que la evolución humana hubiera sido imposible sin la cooperación entre los individuos¹²⁶. Sin negar la contribución genética en la evolución humana, se entiende que la forma de conducta que la persona adopte «depende en gran medida de la socialización y el condicionamiento sufridos desde la infancia»¹²⁷. De ello puede deducirse que la eficaz prevención ante la violencia ha de comenzar en los primeros años de la vida y ha de continuar posteriormente en todos los ámbitos sociales en los que la persona interactúa, acompañada de su consustancial dignidad y, por tanto, desarrolla su personalidad, incluido, naturalmente, el ámbito del trabajo. Se asume, así, la convicción de que la dignidad de la persona y, por ende, la naturaleza moral del ser humano han evolucionado a expensas del progreso de sus facultades racionales, fortalecidas, entre otros factores, por la instrucción y la reflexión¹²⁸.

¹²³ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)*. COM 2202/118 final. Bruselas, 11-3-2002, pág. 8.

¹²⁴ ROJAS MARCOS, L.: *Las semillas de la violencia*. Espasa, 1995, págs. 25-26.

¹²⁵ En esta órbita del pensamiento se sitúan, a guisa de ejemplo, LORENZ, K.: *Sobre la agresión: el pretendido mal*. Siglo XXI. 8.ª ed. 2005, págs. 60-62. STORR, A.: *La agresividad humana*. Alianza, 2004. FREUD, S.: *El malestar en la cultura y otros ensayos*. Alianza. 2004. págs. 55-56 y 65-66.

¹²⁶ ROJAS MARCOS, L.: *Las semillas de la violencia*. Espasa, 1995, pág. 25. MONTAGU, A.: *La naturaleza de la agresividad humana*. Alianza, pág. 119.

¹²⁷ MONTAGU, A.: *La naturaleza...*, ob. cit., pág. 247.

¹²⁸ DARWIN, CH.: *El origen del hombre y la selección en relación al sexo*. EDAF, 1989, págs. 133 y 515.

La convicción de que la conducta humana violenta no es instintiva, sino que se aprende y puede por tanto evitarse, permite recordar ahora la incidencia que tienen los factores subjetivos en el surgimiento del AMT. Como ya se vio, estos factores pueden forjarse al margen del entorno laboral, pero su manifestación en la conducta acosadora suele venir propiciada y estimulada por el factor organizativo, esto es, por una deficiente dirección y organización del trabajo en la empresa que brinda el terreno abonado sobre el que este acoso puede germinar y propagarse con mayor facilidad.

Es precisamente el terreno organizativo de la empresa en el que opera con mayor énfasis el ordenamiento del trabajo, acogiendo la técnica preventiva para combatir los riesgos laborales a través, básicamente, de las medidas articuladas por la ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL) y sus normas de desarrollo. Al margen de otros obstáculos más generales, una de las principales dificultades que puede plantear la aplicación de la LPRL a este propósito estriba en el silencio que guarda esta norma sobre el AMT como riesgo laboral. Ahora bien, este silencio no puede considerarse como exclusión tácita de este tipo de acoso del ámbito aplicativo de esta norma. Una interpretación integrada de los números 2.º y 3.º del art. 4 de la misma permite sostener una conclusión bien distinta.

La definición que del riesgo laboral proporciona el art. 4.2.º de dicha norma, se identifica con «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo». Conectando esta definición con el concepto de daños derivados del trabajo que suministra la LPRL como «las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo» (art. 4, 3.º LPRL), puede concluirse sin temor a errar que este tipo de acoso ha de calificarse como riesgo laboral de índole psicosocial, ya que, si bien el AMT tan sólo exige la causación de un daño moral en cuanto efecto o resultado de la conducta de violencia habitualmente psicológica sobre trabajador, ya se ha reiterado anteriormente la alta probabilidad de que un resultado dañoso se materialice mediante la producción de un daño físico y/o psíquico.

La aceptación de que existe esta sólida base normativa para considerar el AMT como riesgo laboral, tiene una consecuencia jurídica del máximo interés en el terreno preventivo: dicho riesgo queda encuadrado en el marco del deber general del empresario de protección eficaz de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14.1 LPRL). Este deber de protección presenta un alcance extenso, tanto por lo que se refiere al ámbito material objeto de protección como en lo tocante a las medidas a adoptar para llevarla a cabo.

Respeto del ámbito material objeto de protección preventiva, el cumplimiento del deber del empresario de protección eficaz de los trabajadores frente a los riesgos laborales exige que garantice la seguridad y la salud de

los mismos «en todos los aspectos relacionados con el trabajo» (art. 14.2 LPRL), integrando la actividad preventiva en el sistema general de gestión de la empresa (art. 16.1 LPRL). Esta extensión material es coherente con el significado específico que la LPRL atribuye a la «condición de trabajo», entendiendo por tal «cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador» (art. 4, 7.º LPRL).

En lo que hace a las medidas a adoptar por el empresario en cumplimiento de su deber de protección de los riesgos laborales, la norma se refiere «a la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores» (art. 14.2 LPRL). Como puede verse, la obligación empresarial dirigida a obtener una eficaz protección en esta materia abarca una conducta de contenido complejo que puede comprender todo tipo de deberes de carácter instrumental (de hacer, de dar y de no hacer)¹²⁹, no ceñidos, por lo tanto, a los previstos de modo específico en la norma, sino a todos aquellos que sean funcionales a la obtención de aquel resultado y que deriven de los poderes empresariales directivo y organizativo.

3.1.2. *Principales medidas preventivas*

Entre la amplia panoplia de medidas preventivas que establece la LPRL con la finalidad de que el empresario cumpla su deber de protección eficaz en materia de seguridad y salud laborales, algunas de ellas tienen una particular relevancia por lo que al AMT en el trabajo se refiere. En concreto la evaluación de los riesgos y la planificación de la actividad preventiva (arts. 14.2 y 16), la formación de los trabajadores (art. 19) y la vigilancia de su salud (art. 22).

A. *La evaluación de los riesgos y la planificación de la actividad preventiva*

La eficaz prevención de los riesgos laborales encuentra en la evaluación de los mismos una medida indispensable. Constituye una obligación empresarial, inicial y sucesiva, con un contenido comprensivo de cuantos factores o elementos productivos pueden condicionar la prestación laboral desde el ángulo de la seguridad¹³⁰, viniendo a configurarse como el presu-

¹²⁹ VV.AA.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Civitas. 2001, 3.ª ed., pág. 154.

¹³⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*. Trotta, 1996, pág. 120.

puesto e instrumento esencial para que el empresario cumpla con su deber de planificar la acción preventiva en la empresa (art. 16.1 y 2 LPRL).

El contenido general de la evaluación de riesgos y su procedimiento, regulados, respectivamente, en los arts. 4 y 5 del RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP), evidencia la doble vertiente, objetiva y subjetiva, de dicha evaluación que, en consecuencia, tiene en cuenta tanto las condiciones de trabajo existentes o previstas como la posibilidad de que el trabajador que ocupe el puesto de trabajo o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible por sus características personales o estado biológico conocido.

Desde la vertiente objetiva de la evaluación de riesgos y a efectos del acoso que aquí se trata, dicha evaluación no se centra únicamente en el puesto de trabajo, como podría deducirse de una interpretación a la letra del art. 4.1 RSP. Esa evaluación extiende su objeto, afectando, en interpretación sistemática del art. 4.1, a) RSP con el art. 4, 7.º LPRL, a las condiciones de trabajo, tal como se definen en este último precepto, esto es, a cualquier característica del trabajo —no sólo, por tanto, las del puesto de trabajo— que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador.

En este sentido, tienen singular relieve aquellas características del trabajo relativas a su organización y ordenación, que influyen en la magnitud de los riesgos a que está expuesto el trabajador, consideradas también como condiciones de trabajo a efectos preventivos (art. 4.7. d, LPRL). En esa esfera directiva y organizativa, la evaluación de los riesgos generadores del AMT ha de ceñirse, en consecuencia, a todas aquellas características no sólo del puesto de trabajo, sino también del entorno organizativo que, conectadas con algunos de los factores que provocan este tipo de acoso, pueden propiciar su aparición en el caso concreto; pudiendo evocarse aquí, entre otras, los cometidos monótonos o repetitivos, las actividades sometidas a un volumen excesivo de trabajo, a una distribución inequitativa del mismo, la falta de una clara determinación de las funciones o tareas asignadas, la realización de jornadas de trabajo extenuantes o la ineficacia o la ineptitud en la coordinación de tareas o en la dirección de personal.

La multiplicidad y la complejidad de las características susceptibles de ser evaluadas como riesgos laborales en el ámbito organizativo de la empresa y que pueden generar conductas de acoso moral, no sólo derivan del amplio contenido con el que la LPRL se refiere a las condiciones de trabajo. La amplitud de ese contenido es consecuencia directa del principio general de planificación de la prevención de los riesgos laborales, configurado bajo un criterio de coherencia que persigue integrar la técnica, la organización del trabajo, las condiciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo (art. 15.1, g, LPRL). Recuérdese, a este respecto, que la Comisión Europea ha subrayado la necesidad de que los servicios de

prevención sean «auténticamente multidisciplinarios, incluyendo los riesgos sociales y psicológicos»¹³¹.

Cuando esta evaluación integrada de los riesgos laborales concluya con la identificación de situaciones de riesgo, conectadas aquí con el acoso moral, dicha evaluación ha de desembocar en la realización de las actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos (art. 16.2, b, LPRL). Sobre este extremo, conviene resaltar que la adopción de decisiones empresariales relacionadas con las actividades de evaluación de riesgos laborales y la planificación de la actividad preventiva está condicionada en la LPRL por ciertos derechos de consulta y funciones de participación de los trabajadores y sus representantes.

Bajo este prisma, ha de subrayarse que entre los deberes instrumentales que la normativa asigna al empresario, en cuanto sujeto obligado a cumplir la deuda en materia de seguridad y salud laborales, se encuentra el deber de consulta a los trabajadores que, con la debida antelación a la adopción de las correspondientes decisiones vinculadas a aquellos dos instrumentos preventivos, habrá de canalizarse por la vía la representación colectiva general y especializada cuando éstas existan o, directamente, con los propios trabajadores en caso contrario. En cuanto aquí atañe al acoso moral, este deber comprende la planificación y la organización del trabajo en la empresa en todo lo relativo a los efectos que las mismas puedan tener sobre la seguridad y salud de los trabajadores como consecuencia de la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y del impacto de los factores ambientales en el trabajo (art. 33.1, a LPRL).

No reviste menor relevancia en el plano del condicionamiento a las mencionadas decisiones preventivas a adoptar por el empresario, la competencia atribuida al Comité de Seguridad y Salud en cuanto representación especializada en esta materia, a fin de participar en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de los riesgos en la empresa, lo que incluye, entre otros aspectos, los proyectos de planificación, organización del trabajo, y organización y desarrollo de las actividades de evaluación y prevención de riesgos (art. 39.1, a, LPRL).

B. *La formación de los trabajadores*

El deber de protección del empresario en materia de prevención de riesgos laborales ha de cumplirse asimismo mediante su obligación de garantizar que cada trabajador reciba una formación suficiente, en sus facetas teó-

¹³¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *Cómo adaptarse a los cambios...* » ob. cit., pág. 12.



rica y práctica (lo que incluye su calidad, intensidad y duración) y adecuada (conforme con la clase de riesgo y de trabajo y con las características personales o profesionales del trabajador) en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo (arts. 19.1 LPRL y 19.4 ET).

El cumplimiento de esta obligación empresarial formativa respecto de cada trabajador individualmente considerado, encuentra un obstáculo de envergadura, desde el ángulo del AMT, en el objeto al que se ciñe tal obligación. La adecuación y la suficiencia de dicha obligación formativa presenta en la ley un ámbito material muy preciso al establecerse que dicha formación «deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador», y, en el radio de acción delimitado por esa base material, que debe «adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente si fuera necesario». (art. 19.1 LPRL). Esta determinación legal deja, por tanto, al margen de dicha obligación formativa generalizada otros aspectos derivados del trabajo en la empresa, vinculados a las condiciones de trabajo y a la persona del trabajador objeto de acoso moral que no estén focalizados de modo específico en su puesto de trabajo o función.

La insuficiencia del art. 19.1 LRPL respecto de la formación de los trabajadores en materia preventiva en relación con el AMT es, así, notoria. Esta carencia, no puede salvarse, a mi juicio, con una interpretación sistemática de dicho precepto en relación con el art. 16 LPRL y con el art. 4.1 RSP, destinados a regular la obligación empresarial de evaluación de riesgos con un ámbito material de aplicación que, como se dejó anotado, afecta también a las condiciones de trabajo, tal como se definen en el art. 4, 7.º LPRL y, por ello, a cualquier característica del trabajo —y no sólo del puesto de trabajo— que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Esta interpretación no es factible porque se trata de obligaciones empresariales no intercambiables que, aunque comparten una finalidad preventiva y muestran una relación instrumental, presentan un significado, un contenido y un procedimiento específicos que no permiten una interpretación integradora de esa naturaleza.

Este entendimiento del art. 19.1 LPRL, centrando de modo exclusivo en la formación preventiva de los trabajadores en el puesto de trabajo o en su función, viene a confirmarse cuando el legislador aborda la formación específica correspondiente a las funciones de nivel intermedio y superior a las que se encomiendan tareas de evaluación y prevención de los riesgos laborales. El contenido mínimo de los programas de formación para el desempeño de dichas funciones, incluye, entre otras, materias relativas a los factores psicosociales y organizativos de los riesgos laborales, así como a la Psicología aplicada (Anexos V, II, 3.º y VI.II, C) del RSP). La in-

corporación de dichas materias revela que la formación específica propia de las referidas funciones técnicas abarca tanto los aspectos objetivos como los subjetivos de la evaluación de riesgos y de la actividad preventiva, lo que afecta, como ya se señaló, no sólo las condiciones de trabajo existentes o previstas, sino a la posibilidad de que el trabajador que ocupe el puesto de trabajo o vaya a ocuparlo sea especialmente sensible por sus características personales o estado biológico conocido.

Desde luego, es lógico que quienes tengan encomendadas funciones de evaluación y prevención de riesgos laborales posean una formación cualificada superior a la que se suministre al resto de los trabajadores. Pero esta necesaria diferencia formativa no justifica que la formación de estos últimos en esta materia se centre tan sólo en el puesto de trabajo o en la función a desempeñar y no se extienda también a las condiciones de trabajo, con el amplio alcance a que a las mismas asigna el art. 4.7.º LPRL. Se limita así la eficacia de la acción formativa de cada trabajador, incrementando las posibilidades de que el acoso moral eche sus raíces en el entorno laboral.

Por el momento, la insuficiencia de la norma en este aspecto que ahora se examina habría de ser reparada por el cauce de la negociación colectiva, que, partiendo del carácter de norma mínima que la propia LPRL se autoatribuye (art. 2.2), ampliase el objeto del contenido formativo de los trabajadores de la empresa que no tuvieran encomendadas específicas funciones de formación en la materia, a las condiciones de trabajo tal como aparecen definidas en aquella disposición legal. Ampliación formativa que, conviene subrayarlo, reviste una especial importancia respecto de los trabajadores que tiene asignadas funciones directivas¹³², ya que, desde esa posición, pueden contribuir de modo significativo a detectar y prevenir los riesgos susceptibles de forjar situaciones de acoso moral. En este orden de ideas, la Ley Orgánica 3/2007 faculta a las empresas para establecer, previa negociación con los representantes de los trabajadores, acciones de formación dirigidas a promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y a arbitrar procedimientos específicos en orden a su prevención (art. 48.1). Es probable que el silencio que sobre el AMT guarda también aquí dicha norma no favorezca la acción negociada colectiva en este aspecto formativo, por entenderse que el silencio es sinónimo de suficiencia reguladora por parte de la norma estatal a este respecto. Pese a ello, el contenido de la negociación colectiva, al amparo de lo dispuestos en los arts. 37.1 CE y 85.1 ET, sigue contando con un radio de acción amplio para dar cobertura al AMT, incluyendo este concreto aspecto de la acción formativa a fin de prevenir este riesgo psicosocial.

¹³² LEYMANN, H.: *The content...*, ob. cit., págs. 22-23.

C. *La vigilancia de la salud de los trabajadores*

El principio general de la acción preventiva que instituye la adaptación del trabajo a la persona (arts. 36.5 ET y 15.1, d) LPRL) tiene un instrumento básico para asegurar su cumplimiento en la obligación empresarial de garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo, vigilancia que se instrumenta a través de los correspondientes reconocimientos médicos (art. 22.1 LPRL). La amplia dicción de este precepto permite, sin duda, incluir en el contenido de esa obligación los riesgos derivados del AMT, tanto físicos como psíquicos.

Sin embargo, uno de los principales obstáculos con los que puede tropezar el cumplimiento de esta obligación es el derivado del límite que impone a la misma el derecho fundamental a la intimidad del trabajador (art. 18.1 CE). En cuanto aquí importa, tal límite se concreta en la necesidad de consentimiento del trabajador para que la vigilancia de su salud pueda llevarse a cabo (art. 22.1 y 2 LPRL).

El carácter voluntario que, como regla general, tienen para el trabajador los reconocimientos médicos destinados al cumplimiento de la obligación empresarial de vigilancia de la salud de sus trabajadores, puede suponer, en efecto, una dificultad añadida en el supuesto de AMT. Este obstáculo cobra verosimilitud cuando se considera que uno de los efectos típicos provocados en la víctima por la conducta acosadora consiste en su temor ante las posibles reacciones negativas por parte de terceros que lleguen al conocimiento de esta situación, lo que puede propiciar que la víctima adopte, en estos casos, actitudes de aislamiento, evitación o retraimiento, favorecedoras de su negativa a realizar aquellos reconocimientos.

Esta dificultad sólo recibe una parcial solución a través de los concretos supuestos en que la ley permite exceptuar la necesidad del consentimiento del trabajador, obligándole a realizar el oportuno reconocimiento médico a efectos de prevención de riesgos laborales. En estos casos se exige siempre el previo informe de los representantes de los trabajadores que, si bien no posee carácter vinculante, puede tener relevancia en la determinación objetiva de las circunstancias que activan aquellos supuestos, dada la situación de aislamiento en que se suele encontrar el trabajador víctima del acoso moral (art. 22.1 LPRL). Atendiendo a la causa o circunstancia que los origina, estos supuestos exceptuados pueden ser de índole material o de carácter personal.

Una primera excepción de índole material que funda la necesidad de prestar aquel consentimiento se refiere a aquellos supuestos en que «la realización de los reconocimientos sea imprescindible para evaluar los efectos de las condiciones de trabajo sobre la salud de los trabajadores». La remi-

sión al amplio concepto material de condiciones de trabajo que utiliza el art. 4, 7.º LPRL, permite incluir aquí el AMT. En todo caso, la empresa ha tener elementos o indicios suficientes de que dichas condiciones pueden repercutir negativamente en el estado de salud del trabajador y que, por tanto, resulta ineludible llevar a cabo el reconocimiento. A este propósito, conviene advertir que la evaluación de riesgos, inicial o sucesiva, puede ser un instrumento útil y adecuado para que la empresa pueda obtener esos elementos de juicio.

De índole material es también el segundo supuesto exceptuado, que se activa «cuando así esté establecido en una disposición legal en relación con la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad». Tal es el caso de lo previsto en el art. 196.1 del RDL 1/1994, de 20 de junio (LGSS), al preceptuar el carácter obligatorio para la empresa y para el trabajador de los reconocimientos médicos previos a la ocupación y periódicos cuando se hayan de cubrir puestos de trabajo con riesgo de enfermedades profesionales. Este supuesto no resulta por el momento de aplicación al AMT, ya que, como luego se verá, la contingencia que provoca la incapacidad del trabajador acosado se califica por los órganos judiciales como accidente de trabajo, pero no como enfermedad profesional al no estar incluido este tipo de acoso en la lista que de dichas enfermedades proporciona el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, en relación con el art. 116 LGSS.

Una tercera y última excepción aparece con carácter personal en el caso de que «realización de los reconocimientos sea imprescindible... para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para el mismo, para otros trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa». El encaje de este supuesto en el AMT no ha de resultar controvertido si se piensa en que los efectos psíquicos y físicos que suelen acompañarle pueden hacer zozobrar, con distinta intensidad, la salud del acosado. Del mismo modo que en el primer supuesto, en éste la empresa ha tener elementos o indicios suficientes de que el estado de salud del trabajador hace presumir razonablemente ese riesgo y que, por tanto, es imprescindible llevar a cabo el reconocimiento médico. Por lo común, el peligro que el estado de salud derivado del AMT puede originar afectará al trabajador sujeto pasivo del acoso. Con todo y aunque revista un carácter más excepcional que, en base a ese tipo de acoso, el estado de salud del acosado pueda constituir un peligro para otros trabajadores o terceras personas que mantengan alguna relación con la empresa, de forma que pueda imponerse a aquél el correspondiente reconocimiento médico, no debe tampoco descartarse esta posibilidad dada la incontenible casuística que ofrece el AMT y la pluralidad de efectos psíquicos y físicos que el mismo puede provocar en la víctima y, por ello, en su conducta con terceros dentro el entorno laboral.



3.2. La prevención del acoso moral en el trabajo en la negociación colectiva

3.2.1. *Necesidad e indolencia de la regulación convencional*

La intervención de la negociación colectiva en el terreno de la prevención del AMT se revela necesaria, por distintas razones. En primer término, atendiendo a la falta de una regulación expresa de este acoso en la normativa laboral de orden legal (LPRL y reglamentos de aplicación), lo que repercute en unos pronunciamientos judiciales no siempre homogéneos, con debilitación del principio de seguridad jurídica. Ciertamente, la negociación colectiva no puede suplir la función ordenadora que ha de llevar a cabo la norma legal tipificando la figura y regulando las líneas básicas por las que ha de discurrir la prevención de este riesgo laboral. Una vez trazada la regulación legal básica de la figura, los instrumentos negociales de orden colectivo habrían de asumir el insustituible papel de acomodar y especificar las previsiones legales a los distintos ámbitos de negociación.

En segundo lugar, por el carácter transaccional de la negociación colectiva, que la configura como un instrumento idóneo para instaurar mecanismos y medidas preventivos frente al AMT, al tratarse de una conducta que impacta en un ámbito tan sensible como es el de la dignidad de la persona y que, por ello, está mucho más necesitado de soluciones normativas consensuadas y planificadas que de formulaciones impuestas y/o improvisadas. En tercer lugar, considerando el signo necesariamente protector que ha de tener la negociación colectiva en esta materia, dada la condición de Derecho necesario mínimo que tienen en todo caso las disposiciones de carácter laboral de la LPRL y de sus normas reglamentarias, susceptibles por tanto de mejora y desarrollo en los convenios colectivos (art. 2.2 LPRL).

Pero al amplio campo regulador de que dispone la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales, está todavía desaprovechado por los interlocutores sociales. Esta inactividad negocial, que, como ya se señaló, contribuye a explicar la exigua atención que los convenios colectivos dedican al AMT desde el punto de vista conceptual, desemboca, de forma congruente, en el muy reducido espacio que aquéllos dedican a esta clase acoso —en claro contraste con el acoso sexual— desde la óptica preventiva de los riesgos laborales, lo que, ciertamente, discurre en paralelo a la posición secundaria que ocupa en la negociación colectiva la prevención de tales riesgos ¹³³.

¹³³ De una muestra de 236 convenios colectivos de ámbito supra e infraempresarial con vigencia en el período 2004-2005, un tercio ignora la materia o se limita a remitir a la norma legal. Ver, a este respecto, LOZANO LARES, F.: «Conclusiones intersectoriales». En *La negociación colectiva en España. Una mirada crítica*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pág. 603.

Dejando ahora al margen las cláusulas que recogen medidas paliativas o sancionadoras del AMT, el parvo espacio regulador que se destina cuantitativamente a la prevención frente al mismo en cuanto riesgo psicosocial, no resulta tampoco roturado de modo cualitativamente destacable, lo que arroja como resultado un contenido generalmente opaco y elusivo, que evidencia la falta de interés de las partes negociadoras en esta materia. La consecuencia de ese enfoque, explica que la práctica negocial colectiva esté caracterizada, básicamente, por tres tipos de cláusulas. Las más frecuentes son, de un lado, las cláusulas de actuación indeterminada o de compromiso genérico, huera de obligaciones concretas respecto de la determinación de órganos, procedimientos y medidas preventivas que aborden este tipo de acoso¹³⁴, y de otro, las cláusulas de remisión o regulación delegada, en cuya virtud las partes negociadoras facultan a la comisión paritaria u otro órgano específico para la fijación de procedimientos de vigilancia, control y evaluación del AMT, así como de medidas orientadas a paliar los efectos de las situaciones derivadas del mismo¹³⁵.

Junto a las anteriores, pero con una presencia mucho menor, se detectan cláusulas admonitorias, que, aunque, dando un paso adelante, encomiendan a la dirección de las empresas la vigilancia y la garantía de un ambiente de trabajo libre de la conducta de AMT, considerada como un riesgo de etiología psicosocial que previamente se define, no articulan procedimientos para canalizar ese deber, ni tampoco extraen consecuencia sancionadora alguna de su posible incumplimiento¹³⁶.

Algunos factores no parecen ajenos a esta falta de implicación de los agentes sociales en la regulación de esta clase de acoso. Entre ellos descuelan una inercia negocial orientada hacia la regulación de materias en las que late un interés económico u organizativo más inmediato respecto de aquellas otras en las que, como sucede con el AMT, los derechos o bienes jurídicos invariablemente implicados giran en torno a un interés de orden moral, aunque otros derivados también suelen estar presentes; un entendimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales centrado en el puesto de trabajo o en la función desempeñada, con preterición de las consecuencias lesivas que para la salud de trabajador pueden originar ciertas condiciones de trabajo que no tiene su origen en ese puesto o en esa función sino en la misma concepción del trabajo y de la organización pro-

¹³⁴ A modo de ejemplo, ver el art. 29 del CC de de Fabricantes de Galletas de Tarragona para los años 2005-2006 (DOGC 18-1-2005).

¹³⁵ Véase, por ejemplo, la Disposición adicional quinta del CC del Comercio de las Islas Baleares, (BOIB 15-11-2003); Disposición final quinta del CC del Comercio de Alimentación de Madrid (BOCM 24-4-2006).

¹³⁶ Ver, por ejemplo, el art. 24 del CC de Oficinas y Despachos de Ávila (BOP 7-7-2004).

ductiva o prestadora de servicios, o, en fin, la renuencia por parte del empresario a abordar los problemas relativos a la organización del trabajo desde una óptica integral y realmente participativa, invocando para ello la tradicional visión férreamente blindada del poder directivo.

3.2.2. *La adopción de códigos de conducta*

Una medida especialmente recomendable a fin que la negociación colectiva acoja el cauce preventivo frente AMT es la que brinda la adopción de códigos de conducta en esta materia. Estos códigos de conducta o de buenas prácticas en materia de acoso en el trabajo constituyen instrumentos de utilidad cuya finalidad estriba en establecer principios y reglas de garantía para evitar que se produzca dicho acoso y, en caso de que tenga lugar, disponer de los procedimientos adecuados para tratar el problema y procurar que no se repita.

Tal como se señala en la Recomendación de la Comisión 1992/131/CEE, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, al que se acompaña como anexo un Código de conducta para combatir el acoso sexual en ese medio¹³⁷, la adopción de este tipo de códigos en materia preventiva y de solución del conflicto de acoso sexual en el trabajo podría ser contemplada en algunos aspectos por la negociación colectiva. En este orden de cosas, ningún impedimento legal existe para que los instrumentos convencionales incorporen ciertos contenidos de estos códigos de buenas prácticas en relación con el AMT y, en cuanto ahora interesa, en punto a la prevención de este riesgo psicosocial.

No cabe desconocer, empero, que esta posibilidad abierta a la negociación colectiva aparece dificultada por la postura abstencionista que mantiene la Ley Orgánica 3/2007 en punto al AMT. Porque esta pasividad puede interpretarse fácilmente como innecesariedad de la acción negociada colectiva, considerando que dicha norma, centrándose en otros tipos de acoso, establece la posibilidad de que las empresas establezcan medidas, previa negociación obligada con los representantes de los trabajadores, relativas a la adopción y difusión de códigos de buenas prácticas con la finalidad de promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y que arbitren procedimientos específicos para su prevención (art. 48, núms. 1 y 2).

Esta tácita invitación al abstencionismo normativo respecto del AMT difícilmente puede suplirse por la acción individual del empresario. No es

¹³⁷ DOCE L 049, de 24-2-1992.

dudoso que éste, en virtud de su poder de dirección y organización del trabajo en la empresa (arts. 5, c, y 20.2 ET) está facultado para adoptar códigos de conducta que incluyan la prevención de este tipo de acoso, a modo de enseña o divisa indicativa de que la empresa promueve y ampara determinados criterios de prevención y protección de la dignidad y de los derechos de sus trabajadores también en materia de AMT. No es probable, sin embargo, que el empresario aborde por sí mismo esta tarea si no existen, a este respecto, determinaciones normativas y/o propuestas de negociación por parte de los representantes de los trabajadores.

Las determinaciones normativas para incorporar aquellos códigos con inclusión del AMT pueden derivarse, con todo, de la propia Ley Orgánica 3/2007 a través de los planes de igualdad en las empresas, introducidos novedosamente por dicha norma y cuya elaboración e implantación resulta obligatoria para algunas de ellas, en distintos supuestos, de acuerdo con el art. 45 de la misma. Todos los supuestos se articulan sobre la base de la previa y obligatoria negociación o, en su caso, consulta de tales planes con los representantes de los trabajadores (art. 45 y disposición adicional decimoprimer, dieciocho). Pues bien, para la consecución de los objetivos de dichos planes, cifrados en alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y en eliminar la discriminación por razón de sexo, se citan, entre otras materias, la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (art. 46. núms. 1 y 2). El carácter abierto o meramente ejemplar de las materias que los planes de igualdad pueden acoger permite, de seguro, incluir entre las mismas la materia del AMT, pese a que la Ley Orgánica 3/2007, no lo mencione de forma expresa. De este modo, el AMT puede contemplarse en dichos planes negociados bajo la fórmula de códigos de conducta, sin perjuicio de su tratamiento específico en el marco de la prevención de riesgos laborales.

Por lo demás, resulta ciertamente aconsejable que tales códigos se incorporen a la negociación colectiva, pues de esta forma los representantes de los trabajadores tienen la oportunidad de contribuir al trazado de la política de prevención de riesgos de la empresa en esta materia, incluyendo los códigos de conducta, así como de responsabilizarse más directamente en la aplicación, control y vigilancia de los principios y reglas que guían esa política.

Siguiendo su línea de contención, por el momento la práctica de la negociación colectiva se limita a abordar, en punto al AMT, aspectos concretos de los códigos de conducta frente al acoso en el trabajo, tales como el firme rechazo por la empresa de toda forma de acoso moral ¹³⁸; el señala-

¹³⁸ Disposición adicional quinta del CC de mayoristas de frutas, hortalizas y plátanos de Madrid (BOCM 29-1-2005) y art. 48 del CC de Hostelería de Segovia (BOP 4-8-2006).

miento de los órganos que pueden buscar soluciones a dicha situación, atribuyendo esa tarea al Comité de seguridad y salud, así como a la dirección de la empresa ¹³⁹, o la declaración de principios precedida de la definición del acoso moral, que el propio instrumento convencional tipifica y sanciona como falta muy grave ¹⁴⁰. Sólo por vía excepcional, los convenios adoptan códigos de conducta, en ocasiones con un cierto pormenor e implicación de las partes negociadoras ¹⁴¹, pero, generalmente, con un contenido sucinto, justificado tácitamente, en alguno de ellos, por la falta de regulación legal de la figura ¹⁴².

No parece controvertible que la inexistencia de un código semejante en el ámbito de la UE para el AMT desemboca en una menor receptividad de la negociación colectiva a este respecto. De aquí que la acción negociadora colectiva sistemática y extensa en punto a la prevención del AMT sea una de las tareas pendientes que aquélla no habría de demorar. Al margen de otros extremos más concretos en los que no procede entrar aquí, sería necesario que la acción negociadora colectiva incorporarse, a modo de criterios preventivos generales de ese riesgo psicosocial, códigos de conducta para combatir el AMT desde un prisma principalmente ético-jurídico, compatibles con la dimensión sancionadora de este acoso pero no menos decisivos a la hora de fomentar una cultura empresarial de respeto a la dignidad de la persona y a su integridad moral, estimulando, así, un entorno laboral lo más depurado posible de polución mental hostil, intimidatoria o vejatoria

Entre los criterios de orden preventivo que dichos códigos habrían de contemplar existen algunos cuyo carácter básico suscitaría probablemente un mayor consenso para su adopción. El primero de ellos estriba en elaborar una declaración de principios, en la que se asuma el compromiso del empresario y de los representantes de los trabajadores a fin de afrontar resueltamente el problema del acoso moral, se explicita el terminante rechazo de toda conducta susceptible de provocarlo, inducirlo, apoyarlo o tolerarlo ¹⁴³

¹³⁹ Art. 40 del CC de Masas Congeladas de Cataluña de 31-5-2006, (DOGC 31-5-2006).

¹⁴⁰ Arts. 55, 57 y 64.16 del CC estatal de Grandes Almacenes (BOE 27-4-2006).

¹⁴¹ Ver, en este, sentido, el art. 54 del CC sobre el Tiempo Libre Educativo y Sociocultural de Cataluña (DOGC 1-6-2005), regulador de un «Código de Conducta Laboral» sobre el acoso sexual y moral.

¹⁴² Así, el art. 47 del CC de Limpieza de Edificios y Locales de Melilla (BOME 15-7-2005), que adopta un «Código de conducta para la prevención del acoso psicológico en el trabajo», instando, al tiempo, «a las administraciones con capacidad normativa a que lleven a cabo las modificaciones oportunas para que el acoso laboral demostrado sea tipificado como delito y que sea contemplada (sic) en el Estatuto de los Trabajadores».

¹⁴³ Ver, en este sentido, el art. 12 del CC estatal para las Cajas de Ahorros (BOE 15-3-2004).

y se ofrezcan cauces internos a los trabajadores para que puedan denunciarlo si el mismo no ha conseguido evitarse inicialmente ¹⁴⁴.

Un segundo criterio se refiere a la necesidad de incorporar la formación preventiva de los trabajadores respecto de este riesgo psicosocial. Esta formación, como ya se señaló, resulta especialmente indicada para los directivos y demás trabajadores que desempeñen funciones de mando, ya que su posición en la empresa les permite llevar a cabo, bien que en distinta medida, una tarea preventiva por la vía de la información y difusión de la política de personal, orientada, en esta materia, a crear un entorno laboral, si no inmune, al menos refractario a este tipo de conductas. En fin, un tercer criterio básico estriba en subrayar la obligación de todos los trabajadores de colaborar en la política de personal de trato digno y, por ello, de no admitir pasivamente conductas de sus compañeros atentatorias a la integridad moral de las personas, ya que en el AMT no es inusual que un espeso manto de silencio cubra el comportamiento de violencia psicológica, a pesar de que una parte de la plantilla conozca la situación e incluso la repudie para su coeto.

Como parece evidente y al margen ahora del relevante papel que pueden jugar aquí la técnicas reactivas, la efectividad de estos dos últimos criterios exige la aceptación y desarrollo del primero conforme a las pautas de la buena fe, ya que sin un compromiso firme y leal por parte del empresario y de los representantes de los trabajadores —o, cuando menos, de aquél cuando éstos no existan— a fin de rechazar toda conducta de acoso, no es posible crear el necesario clima de confianza y apoyo que permita al personal tomar conciencia de la importancia del problema y participar en su prevención.

Con todo, la incorporación de estos criterios preventivos por la negociación colectiva puede quedar fácilmente desvirtuada si no se cuenta con una previa y precisa definición del acoso moral. Ya se ha apuntado que la negociación colectiva, en la escasa medida en que interviene en esta materia, lleva a cabo esa tarea definitoria de forma exigua y con resultados heterogéneos, lo que no ayuda precisamente a clarificar el perfil de los comportamientos jurídicamente reprochables. Ello permite afirmar ahora que la eficacia de los códigos de conducta que puedan adoptarse sobre esta forma de acoso está condicionada, también en este punto, por la regulación preliminar en la ley de su concepto y sanción laboral. Sin la necesaria intervención del instrumento legal en este punto, no es aventurado vaticinar que el progreso en la lucha contra el AMT será mucho más lento, costoso e ineficaz.

¹⁴⁴ Ley Orgánica 3/2007, establece, a este propósito, el deber de las empresas de arbitrar procedimientos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto de acoso sexual o acoso por razón de sexo (art. 48.1).



4. LAS TÉCNICAS REACTIVAS DE PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

4.1. La técnica solutoria: los procedimientos de solución extrajudicial del conflicto

La utilización de la vía preventiva ante el AMT no siempre dará los frutos apetecidos. Como es obvio, el incumplimiento empresarial de las obligaciones sobre prevención de los riesgos laborales lo puede impedir, pues no debe olvidarse que los mejores resultados de la actividad formativa y preventiva de los riesgos laborales durante los últimos cinco años no han podido evitar que el índice de siniestralidad supere entre nosotros en 2004 el detectado en 1995 ¹⁴⁵.

Pero un obstáculo aún mayor, previo al anterior, se alza a través de una concepción individualista de la empresa, renuente a organizarla sobre la base de la lícita competencia en calidad y servicio, y proclive a encararla hacia una competencia basada en la reducción de costes —entre ellos los de personal— y en la ampliación y concentración del poder económico, con directo menoscabo de una distribución equitativa de la riqueza en cuanto criterio inherente al Estado social, así como de los valores de la solidaridad y de la dignidad humana sobre los que aquella distribución ha de erigirse. Bajo la omnipresencia de un modelo económico insolidario, se echan las bases para que el proceso de socialización de las personas esté taraceado por pautas egocéntricas y despiadadamente competitivas, conductas que se trasladan al terreno de las relaciones laborales en la empresa dificultando sobremanera la tarea preventiva frente al conflicto en el trabajo en general y, por ende, frente a los comportamientos de acoso moral en este medio.

En ese entorno adverso a la convivencia, no es infrecuente que la gestión del AMT por parte del empresario o de los directivos se aborde desde dos posiciones igualmente recusables: bien negando la existencia del conflicto, bien participando activamente en el mismo con la finalidad de sumarse a la estigmatización de la persona objeto del acoso ¹⁴⁶. Frente a la ineficacia y la irracionalidad de dichas actitudes, existe una tercera postura, factible y deseable. Consiste en contribuir a la solución del conflicto en el propio ámbito empresarial, activando y utilizando mecanismos extrajudiciales que lo solventen antes de que se cronifique y se desplace al terreno judicial,

¹⁴⁵ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL: *Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral. España 2005*. CES, 2006, págs. 444-445.

¹⁴⁶ MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: *NTP 476. El hostigamiento psicológico...*, ob. cit.,

en el que una solución adversa al acosado puede abocarle aún a una tesitura de mayor indefensión, jurídica, moral y psíquico-física.

Como es bien conocido, el ordenamiento laboral brinda distintos procedimientos para llevar a cabo la solución extrajudicial de los conflictos que se suscitan en el marco de las relaciones de trabajo, tanto individuales como colectivas. En línea de principio, la conciliación, la mediación y el arbitraje son procedimientos de solución extrajudicial aptos para solventar el AMT cuando la técnica preventiva no haya dado sus frutos, tanto si el acoso afecta a un solo trabajador como si son varios los afectados. En cuanto pretenden lograr una solución equitativa del problema, dichos procedimientos resultan de preferible utilización a la vía judicial, ya que, al margen ahora de una posible resolución adversa, si el trabajador acciona ante el juez de lo social en solicitud de la extinción indemnizada de su contrato, bien debido a una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo que implique un perjuicio cualificado en menoscabo de su dignidad (art. 50.1, a, ET) —al margen de que pueda también afectar a su formación profesional u a otras condiciones de trabajo—, bien cuando se produzca un acoso moral que no esté acompañado de dicha modificación sustancial pero sea lesivo de su dignidad, como sucede siempre en ese tipo de acoso (art. 50.1, c, ET)¹⁴⁷, hay que tener en cuenta dos consideraciones.

De un lado, que el trabajador tendrá que probar el incumplimiento contractual culpable del empresario, así como la realidad y gravedad del perjuicio, lo que en esta materia no siempre resulta una tarea fácil, habida cuenta de que no se seguiría aquí el proceso de tutela de los derechos fundamentales, sino el de extinción del contrato conforme dispone de forma inexcusable el art. 182 de la LPL. De otro, que si consigue obtener una sentencia estimatoria con la correspondiente indemnización legal y, en su caso, la adicional que pueda fijarse por el juez en virtud de los perjuicios moral y, en su caso, psíquico y físico causados, el trabajador acosado perderá su puesto de trabajo sin justa causa. No siempre será ésta la solución más apetecible para el trabajador. Cosa distinta es que, en determinados supuestos de intenso deterioro del ambiente de trabajo, la extinción indemnizada del contrato del contrato de trabajo sea la alternativa que mejor proteja su dignidad y su salud. Pero ello no tiene por qué ser así en todos los casos como se ha afirmado por algún autor¹⁴⁸. En primer lugar, dado que el empresario no siempre es el sujeto activo del AMT, registrándose también supuestos de

¹⁴⁷ Considera, a mi juicio bajo una interpretación de los mencionados preceptos no ajustada a su tenor literal, que el cauce más adecuado para solicitar la extinción del contrato de trabajo en el supuesto de «presión laboral tendenciosa» es el que brinda el art. 50.1, c, ET, GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral...*, ob. cit., págs. 229-230.

¹⁴⁸ *Ibidem...*p. 227.



acoso horizontal por parte de otros trabajadores, de forma que el trabajador acosado podría contar con el apoyo de la empresa para continuar prestando sus servicios y restaurar sus derechos. En segundo lugar, habida cuenta de que, en ciertos supuestos de acoso moral por parte del empresario, no cabe descartar que el trabajador acosado pueda disponer del apoyo y defensa de los representantes de los trabajadores y del soporte de otros compañeros para los que el valor de la conciencia solidaria tenga un significado real y práctico.

Si la solución judicial no se considera por el trabajador como la mejor en el caso concreto, la eficacia en la utilización de los procedimientos extrajudiciales precisa del concurso de ciertos requisitos. Todos ellos parten de la general constatación de que el trabajador se encuentra en una especial y delicada situación con frecuentes repercusiones en su salud psíquica y, probablemente, física, teniendo en cuenta que la fase denominada de estigmatización suele tener un largo período de desarrollo ¹⁴⁹.

Un primer requisito viene dado por la voluntariedad. Se trata, en efecto, de una condición indispensable para que pueda alcanzarse una solución satisfactoria de la situación de AMT. Es muy dudoso que tenga utilidad en esta materia el obligado sometimiento previo de las partes en conflicto a los procedimientos extrajudiciales de solución previstos legal o convencionalmente. Añádase a ello que si el trabajador acosado no presta su consentimiento a este propósito, no resulta jurídicamente admisible imponérselo, habida cuenta, entre otras consideraciones, de que están aquí en juego derechos personalísimos del mismo como son la consideración debida a su dignidad y a su integridad moral.

La conciliación, la mediación o el arbitraje pueden ser mecanismos adecuados y suficientes en los supuestos en que la situación de acoso no haya alcanzado un alto nivel de enquistamiento, ya que, de ser así, es probable que el deterioro de la misma conduzca a las partes a adoptar posiciones enconadas de difícil composición. Especialmente por lo que respecta al acosador y a la simulación con la que pretenda enmascarar su conducta y eludir las responsabilidades jurídicas aparejadas a la misma. La intervención temprana en el conflicto provocado por el AMT aparece así como un segundo requisito, en este caso de orden temporal, a fin de lograr una solución adecuada.

La utilización de los citados procedimientos extrajudiciales habría de graduarse, como tercer requisito, atendiendo a una escala objetiva de dificultad que tomara en cuenta distintos parámetros, tales como la duración del acoso, su reiteración, la gravedad de los hechos y los efectos de la con-

¹⁴⁹ LEYMANN, H. la fijaba, para Suecia, en 1,3 años por término medio. Cfr. ¹⁴⁹ MARTÍN DAZA, F. y LÓPEZ GARCÍA-SILVA, J. A.: NTP 476. *El hostigamiento psicológico...*, ob.y lug. cits.

ducta acosadora sobre el sujeto o sujetos acosados. Haciendo uso de estos criterios, amén de otros de semejante jaez, el tercero interviniente, habría de desenvolver sus funciones con una razonable perspectiva de alcanzar una solución satisfactoria, sobre la base de que ésta diese cima a estos tres objetivos: ser equitativa para la víctima, ejemplarizante para el victimario y correctora de las causas o circunstancias que hayan propiciado aquella conducta.

Bajo la común aspiración de alcanzar dichos objetivos, los criterios a utilizar para establecer la citada escala objetiva de dificultad determinarían, a su vez, la elección del medio de solución del conflicto atendiendo al distinto grado de intervención del tercero. En este sentido, la conciliación y la mediación habrían de activarse en situaciones en las que conducta acosadora estuviera en sus prolegómenos o aún no reviste gravedad, reservándose el arbitraje para una fase más avanzada del acoso si es que ello es aún posible, dada su mayor utilidad como sistema extrajudicial de resolución del conflicto en atención a la eficacia ejecutiva del laudo arbitral.

La eficacia de la graduación interventora en el conflicto supone la adecuada identificación de la fase en que se encuentre la situación de acoso moral. Los especialistas han distinguido tradicionalmente a este respecto cuatro fases: fase inicial del conflicto, fase de estigmatización, fase de intervención y fase de exclusión¹⁵⁰, si bien esta última fase debería ampliar su rubro, alcanzado no sólo a la exclusión del trabajador, sino también a su sometimiento o postración profesional, de acuerdo con el concepto de AMT que aquí se propone. En principio, los procedimientos extrajudiciales habrían de estar dispuestos para activarse en la fase de intervención, una vez que se tiene conocimiento del conflicto por el empresario o por el órgano que tenga atribuidas facultades en esta materia, siendo ya probablemente ineficaces en la última fase, en especial si ha recaído sentencia estimatoria de la solicitud de extinción indemnizada del contrato de trabajo del trabajador acosado.

No obstante, hay que tener en cuenta, a este propósito, dos consideraciones. En primer lugar, que la fase de estigmatización se desarrolla de acuerdo con las circunstancias específicas que remiten a la citada escala objetiva de dificultad y, por tanto, al módulo concreto en que quepa ubicar la conducta acosadora, de suerte que, como ya señaló respecto del requisito temporal, la fase de intervención habría de ser lo más temprana posible atendiendo al conocimiento que la empresa o el órgano competente en la materia tenga de aquellas circunstancias, pues el transcurso del tiempo enrarece la situación y aleja la posibilidad de utilizar los procedimientos extrajudiciales para solventarla. En segundo término que, como también se apuntó, si

¹⁵⁰ LEYMAN, H.: *The content...*, ob. cit., págs. 10-11.

la situación de acoso reviste ya una intensidad alta y nos encontramos en la cuarta fase o en sus aledaños, es muy improbable que los sujetos involucrados (acosador y acosado, así como el empresario cuando se trata de un acoso horizontal consentido por éste) accedan a someter el conflicto a una solución extrajudicial, de modo que, lo más verosímil es que, en esta tesitura, la víctima del acoso haya optado o esté en trance de optar por la vía judicial.

Un cuarto requisito para la utilización de los mencionados procedimientos estriba en la confidencialidad que debe presidir las actuaciones previstas sobre el particular. Se trata de un aspecto esencial considerando la lesión de la dignidad e integridad moral del acosado y, como suele acontecer, el desequilibrio emocional en que se encuentra inmerso. La baja autoestima, la ansiedad y la depresión que, por lo común, hacen mella en el acosado, pueden intensificarse si no se observa por el tercero o terceros intervinientes el más escrupuloso carácter confidencial en su actuación.

Este carácter reservado no ha de ser, sin embargo, incompatible con la limitada publicidad de la solución del conflicto, cuidando por tanto de que la misma se efectúe sin revelación de datos o situaciones relativos a la intimidad o al honor del acosado, al tratarse de bienes jurídicos que deben ser preservados dada su privilegiada situación y protección constitucional. Por el contrario, bien utilizada la publicidad puede ser conveniente si el conflicto se solventa de modo satisfactorio para el trabajador acosado, ya que se alcanzaría así un doble efecto instructivo. De un lado, se afirmaría la voluntad empresarial de atajar este tipo de conductas, en el supuesto de que el empresario no sea el sujeto activo del acoso o, de no serlo, lo haya consentido. De otro, se transmitiría un mensaje de confianza al resto de trabajadores respecto de la conveniencia de utilizar estos procedimientos en otros casos de acoso. Esta limitada publicidad que, se insiste, sólo habría de afectar a los términos en que el conflicto se ha solventado, podría pactarse con este carácter en convenio colectivo, siendo, por lo demás, independiente en cuanto a su naturaleza, finalidad y efectos del ejercicio del derecho que asiste a la representación colectiva de los trabajadores para ser informada de las sanciones laborales impuestas al acosador cuando la infracción o infracciones derivadas del AMT merezcan la calificación de muy graves (arts. 62.2 y 64.1, 7.º ET y 10.3, 1.º LOLS).

Un quinto y último condicionante de los procedimientos que ahora centran nuestra atención se refiere a la necesaria imparcialidad del tercero o terceros intervinientes en la solución del conflicto. Este requisito resulta también clave, ya que si el tercero ha tomado previamente partido la solución será, además de injusta, ineficaz para la protección extrajudicial del acosado. La fórmula más aconsejable a este respecto es que el tercero sea una persona ajena al entorno de la empresa. En este sentido, es necesario distinguir entre las personas que pueden proporcionar asesoramiento al trabajador acosado (entre otros, el facultativo de la empresa y/o del sistema sanita-

rio, abogados, representantes de los trabajadores, técnicos en prevención de riesgos laborales o, en el mejor de los casos, el propio empresario) y aquellas otras que intervienen en el conflicto para lograr su solución. Entre estas últimas, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, tienen, respecto de otros profesionales que ejercen en el ámbito de las relaciones laborales, la innegable ventaja que les proporciona su carácter de autoridad pública independiente, así como la autonomía técnica y funcional de que gozan por ministerio de la ley en el ejercicio de sus funciones (art. 6.1 L 42/1997, de 14 de noviembre), pudiendo desempeñar, como es sabido, funciones de conciliación, mediación y arbitraje en conflictos laborales previa aceptación o a petición de las partes (art. 3 (Ley 42/1997)).

Todos estos condicionantes habrían de tenerse en cuenta también por la negociación colectiva al abordar medidas solutorias del AMT. Junto a ello, debe señalarse que la función a desempeñar por los convenios colectivos en lo que concierne a la solución extrajudicial de este tipo de acoso reviste la máxima importancia, al disponer estos instrumentos negociales de un amplio campo de actuación orientado a complementar el diseño que la ley trace de la figura y a establecer, a este propósito, con la mayor precisión y claridad posibles, el procedimiento a seguir por los trabajadores que sean objeto de acoso moral a fin de recibir el asesoramiento la ayuda y necesarios. Pero también en esta esfera procedimental de la solución del AMT escasean los convenios colectivos que la incorporan a su contenido y cuando lo hacen están lejos de abordarla con el pormenor garantista que exige la materia. Los contados que la tratan utilizan, en efecto, cláusulas generales que, en la mayor parte de los casos suelen remitir a la comisión paritaria o al Comité de Seguridad y Salud la regulación del procedimiento a utilizar en estos supuestos ¹⁵¹.

De aquí la inaplazable necesidad de que la negociación colectiva preste la mayor atención posible a esta materia. El interés regulador de dichos instrumentos convencionales habría de concretarse en el tratamiento de aspectos relevantes del cauce procedimental para resolver el repetido tipo de acoso, entre los que merecen destacarse la persona u órgano a quien el trabajador acosado ha de dirigir su reclamación; el plazo máximo para tramitarla, las personas habilitadas para intervenir en el procedimiento, tanto en calidad de tercero con facultades propositivas o resolutorias, como con funciones asesoras o informativas; el compromiso de que las denuncias se tra-

¹⁵¹ Así, el art. 37 del CC de Distribuidores Mayoristas de Alimentación de Barcelona (DPGC 28-11-2003). De forma más aislada, algunos convenios prevén un procedimiento más estructurado y garantista ante la situación de acoso moral. Cfr., a este respecto, el art. 22 del CC de Empresas de Televisión local y regional de Castilla y León (BOCL 14-7-2004), o el art. 35 del CC del Comercio de Cristal, Loza, Cerámica y Similares (DOGC 16-5-2006).



tarán con objetividad, independencia, rapidez y confidencialidad¹⁵², así como la garantía de que se protegerá a los trabajadores contra las represalias de que sean objeto por el hecho de haber presentado la denuncia, estableciendo el tratamiento corrector de estas conductas por vía disciplinaria cuando los sujetos activos de la mismas sean los trabajadores.

4.2. La técnica reparadora

4.2.1. *La modificación y restitución de condiciones de trabajo*

Los fines de equidad y eficacia anudados a la solución extrajudicial del AMT no podrían alcanzarse si tal solución no fuese acompañada, en ese ámbito, de medidas reparadoras, dirigidas, en esencia, a la modificación y restitución de las condiciones de trabajo en el caso de que ello sea necesario, a la restauración de la salud del trabajador y a la indemnización de daños y perjuicios. Exceptuando la situación de incapacidad laboral consecuen- te con la restauración de la salud del trabajador cuando ésta haya sido afectada, que se activa *ope legis* junto con la suspensión del contrato de trabajo por dicha causa, la adopción de las restantes medidas está condicionada al acuerdo que pueda alcanzarse en conciliación o en mediación o a la decisión que se adopte mediante arbitraje, teniendo en cuenta que, en términos generales, estas medidas contribuyen de forma principal a la satisfacción de aquellos objetivos.

Elemento necesario de estas medidas reparadoras es la expresa voluntad del acosador de cesar en su conducta ilícita, ya esté manifestada en el acuerdo que ponga fin al acoso, ya quede establecida mediante laudo arbitral, teniendo en cuenta que tal cese es el que habría de declararse por la resolución judicial que proporcionara esta tutela inhibitoria al acosado respecto del acto lesivo del derecho o derechos fundamentales vulnerados en el caso de haberse optado por la vía judicial y por la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas¹⁵³. El acuerdo o decisión que ponga fin al acoso moral debe contener esa básica medida, pues la misma no sólo refleja el propósito de abstención futura, sino también —y ello es muy importante— el implícito reconocimiento por el acosador de la existencia de tal conducta y de su carácter ética y jurídicamente inexcusable.

¹⁵² En el exclusivo ámbito del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, la Ley Orgánica 3/2007 establece el deber empresarial de «arbitrar procedimientos específicos...para dar cauce a las denuncias y reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo» (art. 48.1).

¹⁵³ Cfr. SSTs de 14-7-1993 y 20-6-2000).

Sobre este soporte básico han de discurrir las medidas reparadoras. Por lo que respecta a la modificación de las condiciones de trabajo, ésta puede ser necesaria en algunos supuestos. Lo puede ser respecto del acosador en el caso de que éste sea otro trabajador de la empresa, si bien esa alteración contractual ha de situarse en el marco de la técnica sancionadora en su sentido estricto de corrección disciplinaria, separada por ello del esquema resarcitorio en la línea de la evolución histórica que experimenta el poder de disciplina empresarial en nuestro ordenamiento¹⁵⁴. Pero también puede ser aconsejable modificar alguna de las condiciones de trabajo del trabajador acosado, siempre que el acoso moral no haya alcanzado cotas de gravedad suficientes para que el acosador deba ser despedido, de modo que resulte todavía factible resolver internamente el conflicto antes de que se produzca el despido o, si éste no se decide, antes de que el acosado pueda verse en la tesitura de solicitar la extinción de su contrato de trabajo. Piénsese, por ejemplo, que, en estos casos, la sanción disciplinaria de suspensión de empleo y sueldo al trabajador sujeto activo del acoso cuando el acoso no haya revestido aún tintes de suma gravedad, podría compaginarse con un cambio de puesto de trabajo del trabajador acosado si de este modo es posible evitar el contacto laboral de éste con aquél.

En función de las circunstancias del caso, la modificación de las condiciones de trabajo del acosado podrá ser sustancial o no. Parece lo más aconsejable que la modificación, tenga o no carácter sustancial, sea pactada, considerando que la modificación no atiende a un interés empresarial, cuando menos directo, sino al interés del trabajador acosado a la restitución de su dignidad. Va de suyo que dicha modificación en modo alguno habría de suponer perjuicio para el mismo, en el sentido de que con ella se produjera un cambio gravoso de sus condiciones de trabajo, determinante de la solicitud de extinción indemnizada del contrato al amparo del art. 50.1, a) del ET, pues esta sería no sólo una falsa solución, sino un fraude de ley al utilizarse una norma de cobertura para lograr un resultado prohibido por el ordenamiento. Así, no encontraría acomodo normativo una modificación, pactada o decidida por el empresario, que supusiera, a guisa de ejemplo, la asignación de funciones inferiores, con menoscabo de la dignidad del acosado, abocándole, por ello, a solicitar aquella extinción.

Por otra parte, la restitución de las condiciones de trabajo del trabajador acosado —trasunto de la tutela restitutoria en el terreno judicial— se producirá usualmente en los supuestos de acoso moral vertical descendente, en los que bien el empresario, bien un superior jerárquico habrán realizado, con cobertura legal o sin ella, alguna modificación de las condiciones

¹⁵⁴ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *El poder disciplinario en la empresa*. Civitas. Madrid, 1991, pág. 242.



de trabajo del acosado, de orden sustancial o no, en la secuencia sistemática y reiterada de actos integrantes de la conducta de acoso. Como es obvio, en el acoso moral horizontal, la inexistencia de relación jerárquica impedirá apreciar aquella modificación. En esta modalidad de acoso, la posible alteración de dichas condiciones podría llevarse a cabo por vía de hecho por el trabajador acosado a fin de evitar la presencia o la comunicación que normalmente deba establecer con el acosador en cumplimiento de su prestación laboral, conducta en la que, aun pudiendo considerarse formalmente como incumplimiento contractual, no cabe apreciar culpabilidad alguna dada la situación de hostigamiento y vejación a la que el acosado estará siendo sometido.

Conviene señalar, con todo, que, en determinados supuestos, la restitución de las condiciones de trabajo puede resultar subjetivamente imposible. La imposibilidad suele producirse con mayor frecuencia cuando el sujeto activo del acoso es el empresario y el acoso moral ha creado un clima de degradación extremo para el trabajador acosado, de forma que éste no sólo no puede recuperar su estabilidad emocional mediante aquella restitución, sino que la reanudación de su prestación en las anteriores condiciones podría reactivar e incrementar la patología que le hubiera producido el acoso. En estos casos, una vez acreditada razonablemente en el procedimiento extrajudicial la imposibilidad subjetiva de restituir, la restitución sólo puede encontrar paliativo en la vía resarcitoria mediante la específica indemnización de los daños patrimoniales derivados de esta imposibilidad.

4.2.2. *La restauración de la salud del trabajador*

Operando como un mecanismo de protección extrajudicial obligada frente al AMT, la restauración de la salud del trabajador ha de considerarse como una medida reparadora, toda vez que con la situación de incapacidad laboral, temporal o permanente, derivada de la patología a que dé lugar el acoso moral se pretende hacer frente a los problemas de salud del trabajador, proporcionándole asistencia sanitaria y protegiendo su derecho a la integridad física y psíquica mediante la suspensión de su prestación de servicios, al tiempo que el correspondiente subsidio actúa como renta sustitutiva del salario¹⁵⁵, paliativa de la inexistente obligación de remunerar el trabajo y posibilitadora de la recuperación de la salud.

El carácter laboral de la causa que origina la patología determinante de la incapacidad del trabajador acosado ha permitido a la jurisprudencia cali-

¹⁵⁵ STSJ/País Vasco de 27-6-2003.

ficar dicha situación protegida como derivada de la contingencia de accidente de trabajo (art. 115 LGSS), cuando pueda apreciarse la conexión causal suficiente entre el trabajo y la lesión valorable ¹⁵⁶, debiendo descartarse, por lo demás, su calificación como enfermedad profesional en base a lo dispuesto en el art. 116 LGSS, puesto que ni el AMT ni ninguna de las patologías asociadas al mismo figura en el cuadro de enfermedades profesionales recogido en la norma reglamentaria a la que remite dicho precepto, esto es, el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre.

La imposibilidad normativa de calificar la situación de incapacidad laboral provocada por el AMT como enfermedad profesional, determina, por tanto, que su encuadre conceptual se efectúe bajo la noción de accidente de trabajo. Este acomodo ha venido facilitado por la tarea jurisprudencial en torno a la delimitación de los elementos estáticos y dinámicos de este riesgo profesional.

Los elementos estáticos de dicho riesgo pueden, en efecto, apreciarse en la situación de incapacidad laboral surgida del AMT. En el supuesto común de este acoso, el sujeto del referido riesgo es el trabajador asalariado (art. 115.1 LGSS). El elemento referido a la lesión corporal que sufre al trabajador no comprende únicamente la de carácter físico, sino también la índole psíquica, lo que permite dar cobijo como accidente de trabajo, de acuerdo con este segundo elemento, al acoso moral ¹⁵⁷. La identificación del tercer elemento estático conformador del concepto de accidente de trabajo, la fuerza lesiva, resulta más problemática en relación con el acoso aquí analizado, dada la doble forma con que tal componente puede manifestarse: súbita y violenta o lenta y progresiva. La existencia de esta segunda forma de expresión explica la asimilación como accidente de trabajo de ciertas enfermedades del trabajo delimitadas en el art. 115.2, apartados e), f) y g) de la LGSS ¹⁵⁸ y referidas, respectivamente, a las enfermedades contraídas con motivo de la realización del trabajo, a las existentes con anterioridad a éste y las intercurrentes (complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente o con origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se coloque al paciente para su curación).

Pues bien, si la forma de expresión de la fuerza lesiva es súbita y violenta habrá de aplicarse la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS, de suerte que la patología derivada del AMT (por ejemplo, caída con lesiones derivada del intenso estrés y falta de concentración provocados por el acoso moral) será calificada como accidente de trabajo o enfermedad de trabajo si tales contingencias han acaecido durante el tiempo y el lugar de tra-

¹⁵⁶ STSJ/Navarra 30-4-2001.

¹⁵⁷ Cfr. la STSJ/Navarra de 30-4-2001.

¹⁵⁸ STS de 18-6-1997.

bajo. Ello con la salvedad de que exista prueba en contrario, exigida por la jurisprudencia con plena y sólida suficiencia, lo que supone, a estos efectos, que «tal presunción sólo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo que el operario realizaba, con todos los matices psíquicos y físicos que lo rodean, y el siniestro; lo que tratándose de enfermedades requiere que éstas por su propia naturaleza no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario»¹⁵⁹.

Es notorio que esta presunción de laboralidad favorece al trabajador, ya que, si bien la misma no exime de la necesaria concurrencia del nexo causal exigido por el art. 115.1 LGSS entre trabajo, fuerza lesiva y lesión, en cuanto elemento dinámico del accidente de trabajo, éste se presume respecto de las lesiones sufridas por el trabajador durante el tiempo y el lugar de trabajo, de modo que se invierte así, en beneficio del trabajador, la carga de la prueba, con gran dificultad por cierto para demostrar que tales lesiones no se han producido dentro de esos parámetros temporal y locativo, habida cuenta de la extensiva interpretación judicial sobre la existencia del mencionado vínculo de causalidad.

Con todo, el supuesto en el que habitualmente la jurisprudencia encuadra la incapacidad laboral originada por el AMT es el de la enfermedad de trabajo contemplada en el art. 115.2, e) LGSS y considerada como accidente de trabajo, lo que es coherente con la forma de expresión lenta y paulatina con que la fuerza lesiva se presenta en la enfermedad de trabajo. Sin embargo, la exigencia en este caso de que el trabajador haya de probar que la enfermedad tuvo «por causa exclusiva» la ejecución del trabajo, dificulta la calificación de dicha incapacidad laboral como accidente de trabajo en el supuesto de acoso moral, toda vez que tal calificación sólo prosperará cuando no existan factores externos al trabajo, de forma que su ejecución sea la única causa determinante de la patología¹⁶⁰.

4.2.3. *La indemnización de daños y perjuicios*

En el terreno de las medidas reparadoras de orden extrajudicial, el acuerdo o decisión que ponga fin al acoso, habrán de contemplar la indemnización por daños y perjuicios tanto por responsabilidad contractual (arts. 1089 y 1101 C.C.), exigible en el acoso moral vertical, descendente o ascendente, como por responsabilidad extracontractual (art. 1902 C.C.) apreciable en

¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁰ Cfr. STSJ/Navarra 23-3-2004 y STSJ/la Rioja de 6-10-2005.

el acoso moral horizontal, es decir, cuando el acosador es otro trabajador de la empresa o un tercero distinto de los sujetos del contrato de trabajo con alguna vinculación o relación con la misma. Por lo demás, esta segunda responsabilidad puede concurrir con la primera cuando exista conocimiento de la conducta por parte del empresario sin oposición a la misma, no sólo por la vía civil del art. 1903, pár. 4 C.C., sino por la específica laboral como consecuencia de su posición de deudor y garante de seguridad y salud en el trabajo (art. 14. 1 y 2 de la LPRL) ¹⁶¹.

En principio, la reparación abarca tanto el daño patrimonial (daños materiales y corporales) como el extrapatrimonial o moral. La indicada salvedad pretende subrayar que, si bien todos estos daños pueden concurrir e incluso es habitual que ello acontezca, no siempre ha de ser así, pues la presencia de los dos primeros, aun frecuente, no wen ha de concurrir en todo caso, en tanto que la existencia del tercero es siempre obligada en el acoso que aquí se trata. Recuérdese que el daño moral es inherente al concepto de AMT, al resultar siempre lesionada la dignidad de la persona de trabajador y su integridad moral, al margen de la circunstancial, aunque probable, vulneración de otros derechos y bienes jurídicos.

Partiendo de esta distinción entre daños de acaecimiento contingente o necesario, pueden formularse algunas consideraciones sobre esta faceta indemnizatoria, de interés en orden a la protección extrajudicial frente al AMT. La primera de ellas atañe a la prueba de los daños. Salvando la menor exigencia probatoria que esa vía de tutela reclama para los mecanismos autocompositivos del conflicto (conciliación y mediación) respecto de los heterocompositivos (arbitraje), no es dudoso que los daños de índole material y corporal permiten allegar con mayor facilidad los medios probatorios por parte del acosado, sobre la base de que la existencia de tales daños está vinculada a la lesión de su derecho a la salud y a la necesaria relación de causalidad entre comportamiento dañoso y producción del daño. Así, el daño material puede comprender tanto el lucro cesante (por ejemplo, el derivado de la incapacidad para el trabajo) como el daño emergente (tales como gastos médicos o asesoramiento legal). De igual modo, el daño corporal (psíquico y/o físico) puede abrazar toda lesión de esta índole que en ese ámbito produzca la conducta acosadora.

Por su parte, la inclusión dentro del daño moral de todos aquellos que afectan a la dignidad de la persona y a su integridad moral y que se hayan producido en la esfera personal y familiar del trabajador afectado, comporta sin duda una mayor dificultad en el terreno de la prueba. Este óbice deriva del carácter inmaterial y sutil propio de esfera íntima de la persona en la

¹⁶¹ STSJ/Cantabria 19-6-2002.



que ese daño impacta. No obstante, esa condición incorpórea e interna no ha impedido a la jurisprudencia trazar el modo en que esta clase de daño puede identificarse a efectos de su posterior indemnización, al ser posible captar la esencia del mismo a través de la valoración de los hechos que lo exterioricen, no sólo inferidos de la lesión física que haya podido producirse, sino «por el seguimiento empírico de las reacciones, soluciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora, fundamento de su posterior reclamación por daños morales»¹⁶².

Este criterio de valoración judicial sobre la prueba del daño moral, al no estar exclusivamente anclado al perjuicio físico o psíquico, calibra de forma más coherente ese daño, puesto que, como se ha reiterado, la frecuente presencia de este perjuicio no implica su exigencia como requisito necesario para delimitar conceptualmente el acoso que centra nuestro interés. La solución extrajudicial que pueda alcanzarse respecto del mismo podrá servir sin duda del citado criterio. Pero tampoco podrá desconocerse en esta sede extrajudicial que la admisión judicial de aquel criterio revela la interpretación correctora de la tesis jurisprudencial en cuya virtud, y sobre la base de lo dispuesto en el art. 180.1 LPL, la vulneración de un derecho fundamental judicialmente declarada exime de la prueba del perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento, puesto que «una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente»¹⁶³. Adoptada probablemente esta tesis de la indemnización automática bajo el influjo de la presunción del perjuicio siempre que se acreditara la intromisión ilegítima del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, tal como prescribe el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora de la protección civil de estos derechos, el Tribunal Supremo procederá con posterioridad a su necesaria matización, exigiendo en los procesos de tutela de derechos fundamentales la alegación y justificación de las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, de modo que quede acreditada «una mínima base fáctica» que permita delimitar tal indemnización¹⁶⁴.

Una segunda observación emerge respecto de la cuantificación de los daños corporales y los morales en la vía de solución extrajudicial de este acoso. En este cauce solutorio nada impide que puedan tomarse en consideración los criterios que en el ámbito judicial se han manejado a este respecto. Para los de índole corporal, dada la ausencia de índices específicos en el ámbito laboral, rige la discrecionalidad en la fijación de la cuantía indemniza-

¹⁶² STS/Cantabria de 26-3-2003.

¹⁶³ STS 9-6-1993. En igual sentido, la STS 8-56-1995.

¹⁶⁴ Cfr., entre otras, las SSTS de 22-7-1996, 20-1-1997 y 9-11-1998.

toria, bien que orientada por la utilización de los baremos fijados en el anexo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, que establece criterios para la determinación de dicha responsabilidad y de su indemnización, tasando los perjuicios físico o psíquico sufridos. Ello al margen ahora de las prestaciones de la Seguridad Social que correspondan al sujeto acosado en virtud de las situaciones de necesidad derivadas del acoso, que han de tomarse en consideración respecto de la compatibilidad de indemnizaciones, como ahora se verá.

La apreciación casuística del monto indemnizatorio es también la regla por lo que hace al daño moral derivado del acoso de esta naturaleza en el trabajo. Aunque el citado anexo del RDL 8/2004 incluye los daños morales entre los susceptibles de indemnización, los elementos correctores que el mismo maneja para determinar la cuantía indemnizatoria del conjunto de daños producidos (punto primero, 7) no alcanzan a comprender el complejo y plural abanico de circunstancias que rodean a ese tipo de acoso y que, por tanto, inciden en la apreciación de los daños morales. De ahí que los órganos judiciales del orden social hayan utilizado distintas variables para establecer su cuantía, sirviéndose tan sólo —bien con la norma anterior, la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, bien con la actual— de los citados criterios y elementos a título orientativo. Todas esas variables se enderezan a modular la cuantía indemnizatoria de los daños morales sobre la base de la diversa gravedad que puede revestir la conducta de acoso, utilizando para calibrarla parámetros tales como el beneficio obtenido por el acosador, los bienes y derechos lesionados junto a la integridad moral, la duración de la conducta, su difusión, el prevalimiento de posición jerárquica o los efectos físicos o psíquicos producidos en el sujeto ¹⁶⁵.

Dos precisiones trasladables al ámbito de las medidas resarcitorias extrajudiciales del acoso han de realizarse a este propósito, pues conciernen a la lesión moral que el acoso de esta naturaleza siempre produce. De un lado, ha de advertirse que, cualquiera que sea la cuantía de la indemnización, su finalidad no puede calificarse en ningún caso de resarcitoria sino de compensatoria, pues el carácter inmaterial de los bienes jurídicos que, de modo invariable, son objeto de lesión, esto es, la dignidad y la integridad moral, no pueden ser estrictamente restituidos dada su naturaleza, operando aquí la indemnización como un lenitivo que sólo alcanza a paliar el daño producido por la conducta acosadora. Por otra parte, y como consecuencia de lo anterior, la modulación de la cuantía indemnizatoria no se efectúa sobre la base de una diversa entidad axiológica de dichos bienes en cada

¹⁶⁵ Cfr. SSTS/Madrid de 23-5-2005 y 8-11-2005; STSJ/Cataluña de 30-3-2005 y STSJ/La Rioja de 6-10-2005.



supuesto de AMT, sino en función de la distinta censura a que se haya hecho acreedora la conducta lesiva, ya que, como se vio con anterioridad, toda persona física exhibe la titularidad de tales bienes merced a su igual condición humana. No es por ello casual que sea precisamente este reproche jurídico el que preste fundamento a la valoración del daño moral producido por la intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que, en consecuencia, el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 ciñe «a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida».

Una tercera observación alude a la compatibilidad de indemnizaciones. La solución extrajudicial del AMT habrá de tener en cuenta, como elemento de contraste, el giro jurisprudencial habido en este punto a partir de la sentencia del TS de 17-5-2006, dictada en unificación de doctrina. Con anterioridad a esta resolución, los Tribunales del orden social no admitían la compatibilidad con la indemnización derivada de la acción extintiva del contrato de trabajo por parte del trabajador como consecuencia del incumplimiento contractual grave por parte del empresario en base al artículo 50 ET, por entenderse que dicha indemnización legal era tasada y venía a compensar la pérdida del empleo al margen de la causa que originara la conducta empresarial incumplidora ¹⁶⁶.

La mencionada sentencia de Tribunal Supremo, haciéndose eco de una determinada línea judicial ¹⁶⁷, modifica ese criterio, sentando la tesis de la compatibilidad indemnizatoria. Haciendo uso de pautas interpretativas literales, sistemáticas y finalistas, dicha resolución señala, en su fundamento jurídico 4.º, que

«La clara dicción del artículo 182 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación de derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores, pues, una cosa es que la tramitación procesal a seguir, con carácter inexcusable, sea la de la extinción contractual y, otra muy distinta, es que se indemnicen, separadamente, los dos intereses jurídicos protegibles, como así se infiere de lo establecido en el artículo 180.1 del texto procesal laboral mencionado».

Partiendo de esa distinción entre cauce procesal a seguir e indemnización de los intereses jurídicos tutelables en el citado supuesto de extinción indemnizada del contrato de trabajo a causa de lesión de derecho fundamental, el TS reafirma el distinto tratamiento indemnizatorio de estos intereses

¹⁶⁶ STS de 11-3-2004 y STSJ/Madrid de 3-4-2002.

¹⁶⁷ Cfr. las SSTSJ/Murcia de 1-1-2002 y 2-9-2003.

a la luz de la modificación operada en el art. 181 LPL mediante el art. 40, dos de la Ley 62/2003, de 30 diciembre, en cuya virtud «al incluir, expresamente, en el texto del mismo ‘la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso’ no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado».

Esta doctrina judicial sobre la compatibilidad indemnizatoria, ha sido recogida por la Ley Orgánica 3/2007, aunque con evidente incuria técnica. De acuerdo con el segundo párrafo del nuevo artículo 181 LPL, la indemnización que corresponda «por haber sufrido discriminación» en virtud de la sentencia que declare la existencia de vulneración «será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores» (disposición adicional decimotercera, seis). Pese al loable acogimiento de aquella doctrina, incurre aquí el legislador en el palmario defecto de limitar la indemnización compatibilizada únicamente al trato discriminatorio, olvidando que la sentencia que la reconoce con arreglo al citado precepto de la ley ríuaria se dicta como consecuencia de demandas de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas distintos de los derechos de libertad sindical y no tan sólo de las que accionan frente a la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso. En suma, la indemnización que se compatibiliza no sólo repara el tratamiento discriminatorio, sino cualquier otra vulneración de aquellos derechos y libertades, incluyendo la prohibición de acoso en sus distintas modalidades y, por tanto, la consecuente violación de la dignidad y del derecho fundamental a la integridad moral del acosado.

Es evidente que en los sistemas de solución extrajudicial del AMT no tiene cabida la extinción contractual del art. 50 ET y que, como ya se razonó, la pérdida del empleo por el trabajador acosado, aunque sea pactada en conciliación o en mediación, no es la solución más deseable para éste aunque, en ocasiones, resulte la única factible, ya que el recurso a esta acción resolutoria «está reservado para aquellos supuestos en que la defensa de los intereses del trabajador no puede realizarse o no es razonable exigir que se realice, por la vía de otras acciones o medios de defensa»¹⁶⁸. Pero no hay que perder de vista que el derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo del acosado pueden verse afectados por la conducta acosadora durante la ejecución del contrato de trabajo, al calor de las vicisitudes por las que éste

¹⁶⁸ SSTS 3-12-1990 y 16-1-1991.

es susceptible de atravesar¹⁶⁹. De este modo y como punto de referencia la doctrina sentada por el TS en su citada sentencia de 17-5-2006, los episodios de interrupción, modificación y suspensión del contrato de trabajo derivados de dicha conducta¹⁷⁰ darán lugar a una doble indemnización: la derivada del daño patrimonial que experimente la estabilidad en el empleo del trabajador y la conexas con la violación, cuando menos, de su derecho a la integridad moral.

Adviértase, por lo demás, que si bien en el supuesto de extinción contractual del art. 50, ET es la voluntad formal del trabajador la que postula la declaración de efectos resolutorios de su contrato de trabajo, se trata de una voluntad materialmente condicionada por un previo incumplimiento contractual grave de las obligaciones empresariales, generador de aquella doble indemnización, al ser esos incumplimientos funcionales a la conducta de acoso. De este modo, no es irrazonable aplicar la citada compatibilidad indemnizatoria en los casos de utilización torticera y con intención lesiva de acoso del poder directivo y de variación respecto de bienes y derechos del trabajador, pues la contravención grave y reiterada de obligaciones contractuales por parte del empresario estará aquí también al servicio de la conducta acosadora.

Una última consideración habría de tener asimismo presente la vía extrajudicial de solución del acoso objeto de análisis en materia indemnizatoria de daños y perjuicios. Aunque las prestaciones de la Seguridad Social derivadas del daño físico o psíquico que produzca el AMT no logran una reparación completa del perjuicio recibido¹⁷¹, es doctrina judicial asentada que tampoco ha de producirse un enriquecimiento injusto en el patrimonio del acosado como consecuencia del resarcimiento indemnizatorio, de suerte que «ha de mantenerse la proporcionalidad entre el daño y la reparación para evitar tanto que esta última sea inferior a aquél y no lo compense plenamente, como que lo exceda»¹⁷². En consecuencia, para la determinación de los daños y perjuicios de toda índole derivados de accidente de trabajo o de

¹⁶⁹ Para el desarrollo de la tesis de la afectación del derecho al trabajo no sólo en los momentos inicial y final del contrato de trabajo, sino también en la fase de ejecución del mismo, ver MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «Derecho al trabajo...», ob. cit. págs. 1337-1338.

¹⁷⁰ La casuística, a este respecto, puede ser inagotable. Piénsese, a modo de ejemplo, en la unilateral concesión de permisos retribuidos a favor del trabajador con la finalidad embozada de no dar ocupación efectiva (STSJ/Cataluña de 10-3-1993); en la modificación de condiciones de trabajo vaciando las funciones que habitualmente se desempeñan y colocando al trabajador en una posición degradante (STSJ/Extremadura de 26-3-2004), o alterando sus funciones a otras de inferior categoría con finalidad vejatoria (STSJ/Murcia de 2-9-2003), o, en fin, en la suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal consecutiva con un cuadro de ansiedad reactiva secundaria a AMT (STSJ/Castilla y León de 4-7-2002).

¹⁷¹ STSJ/País Vasco de 12-9-2000.

¹⁷² SSTs de 17-2-1999 y 2-10-2000.

enfermedad de trabajo encuadrable en el mismo en que el AMT haya desempleado, han de computarse todas las prestaciones reconocidas por la Seguridad Social con este motivo, con excepción del recargo impuesto por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo¹⁷³, figura que, a estos efectos, es independiente de aquella indemnización¹⁷⁴.

4.3. La técnica sancionadora

Considerada de forma autónoma, la técnica sancionadora, ya se trate de sanciones laborales ya administrativas, es sin duda insuficiente para solventar por sí misma la conducta de AMT. Entre otras razones porque la inadecuada organización del trabajo constituye, como ya vio, un crucial obstáculo de partida para crear o alcanzar un entorno laboral que, aunque no quede por completo al resguardo de todo conflicto, esté imbuido de un clima cooperativo en el que no pueda germinar con facilidad ningún tipo de acoso. Sin embargo, no resulta dudosa la necesidad y obligatoriedad de la utilización de dicha técnica en concurso con las restantes técnicas extrajudiciales de intervención reactiva, ya que el mecanismo sancionador, junto a una inexcusable dimensión correctora y ejemplar, actúa, al tiempo, con efecto preventivo respecto de las infracciones cometidas.

4.3.1. Las sanciones laborales

Con fundamento directo en el poder disciplinario empresarial, las sanciones laborales están dirigidas a corregir la conducta infractora del sujeto activo del AMT cuando éste tiene, naturalmente, la condición de trabajador de la empresa. Dependiendo de la gravedad de la conducta lesiva, la respuesta sancionadora oscilará por lo común entre la máxima del despido disciplinario y las de menor entidad cifradas en la suspensión de empleo y sueldo y en la movilidad funcional o geográfica. El principal escollo para activar esta respuesta correctiva reside en la insuficiente regulación de las infracciones laborales en que puede encontrar acomodo este tipo de acoso, lo que de nuevo nos remite a la notoria carencia del vigente ordenamiento laboral a fin de disciplinar esta figura

En lo tocante a la aplicación del despido disciplinario ante el AMT, como es sabido la tipificación de esta clase de despido es tarea encomendada a la ley, de forma que el carácter tasado de las causas de despido impide su am-

¹⁷³ STS 1-6-2005 y STSJ/Cantabria de 16-1-2006.

¹⁷⁴ SSTs de 2-10-2000 y 21-2002.



pliación por el convenio colectivo, que tan sólo ha de ceñirse a su especificación. Sucede que, respecto del acoso en estudio, la tipificación legal de las causas de despido disciplinario en que el mismo podría subsumirse no se adecua siempre a la compleja morfología que esa clase de acoso suele presentar.

En primer término, porque las ofensas verbales o físicas inferidas al trabajador acosado, sobre las que puede fundarse este despido (art. 54.2, c, ET), no constituyen ni las únicas conductas ni las de mayor frecuencia en este acoso. En segundo lugar, porque el acoso discriminatorio introducido como causa de despido disciplinario en el art. 54.2, g, ET por la Ley 62/2003, no comprende el AMT, pues se trata, como ya se señaló, de dos modalidades distintas de acoso. Y en tercer lugar, dado que, si bien el AMT puede emplazarse en la causa de despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2, d, ET), hay que tener en cuenta dos precisiones. De un lado, que la amplísima gama de incumplimientos contractuales que esta cláusula genérica puede albergar comporta una elevada dosis de incertidumbre respecto de la inclusión del referido acoso en la misma. De otro, que la falta de homogeneidad jurisprudencial en la admisión de la teoría gradualista por lo que hace a esta causa, puede desvirtuar el elemento objetivo integrado en el concepto de dicho acoso, ya que la sistematicidad y la reiteración propios del mismo serían innecesarias para el sector de la jurisprudencia que rechaza todo tipo de graduación de la gravedad de la conducta transgresora en base a la pérdida de confianza aparejada siempre a la vulneración de la buena fe contractual¹⁷⁵.

El amplio espectro de conductas transgresoras de la buena contractual que tienen cabida en el art. 54.2, d, ET, permite a los convenios colectivos, con respeto formal a la tipificación de esta causa de despido disciplinario conforme exige el art. 58.1 ET, concretar tales conductas cuando merezcan ese máximo reproche sancionador, pudiendo figurar entre ellas la constitutiva del AMT. Asimismo, la necesaria graduación que el instrumento convencional está llamado a establecer respecto de las restantes faltas y sanciones laborales le faculta para incluir ese tipo de acoso en ese otro nivel disciplinario de menor dureza, acomodando así, en aras del principio de proporcionalidad, la gravedad del incumplimiento contractual derivado de la conducta acosadora a la intensidad de la sanción que haya de imponerse.

Pese a la amplitud del campo de actuación con que cuentan los convenios colectivos a este respecto, el tratamiento disciplinario que los mismos dispensan en esta materia es desalentador, evidenciando, también aquí, el reducido interés de los agentes sociales por abordar esta específica forma

¹⁷⁵ SSTs de 29-11-1985 y de 16-7-1982; STSJ de Andalucía/Málaga de 18-4-1994 y STSJ/Galicia de 31-5-2001.

del conflicto laboral. Dicho tratamiento se caracteriza, en términos generales y ciñéndonos a los convenios de ámbito supraempresarial, por la escasez numérica y por el contenido insuficiente e incongruente.

Desde el punto de vista cuantitativo, tan sólo un porcentaje ínfimo de convenios, el 1,62 % sobre una amplia muestra de los vigentes en el ámbito supraempresarial establecen faltas y sanciones relacionadas directamente con el AMT. Este porcentaje contrasta con el superior del 8,48 % de los convenios que abordan el régimen disciplinario del acoso sexual que, sin alcanzar el nivel de atención deseable, permite conjeturar que el tratamiento convencional de esta materia resulta estimulado, entre otros factores, por la regulación legal de este último tipo de acoso mediante la Ley 3/1989. Es evidente que esta acusada inhibición del convenio colectivo respecto del régimen sancionador del AMT es un límite material que no facilita en absoluto el ejercicio del poder disciplinario empresarial, máxime si se tiene en cuenta que la actuación de este poder se ve obstaculizada con frecuencia por la dificultad de obtener la prueba del acoso, considerando que el aislamiento de la víctima y la indiferencia por parte del resto de los trabajadores no son actitudes infrecuentes en esta situación. De aquí la importancia y la necesidad de que, junto al tratamiento disciplinario de la conducta de acoso, los convenios establezcan procedimientos de denuncia que permitan dejar constancia de la misma y de las actuaciones que, a su abrigo, se hayan llevado a cabo.

Con la faceta cualitativa como telón de fondo, los principales problemas de regulación detectables en los convenios que encaran por la vía disciplinaria el AMT evidencian, como se ha dicho, un contenido insuficiente e incongruente. La insuficiencia puede apreciarse en aquellos convenios que definen la figura, califican el tipo de falta y la sancionan, pero sobre la base de una graduación de la conducta lesiva por lo común uniforme, calificada así de falta muy grave¹⁷⁶, siendo muy escasos los convenios que diferencian correctamente entre falta muy grave y falta grave a tenor de las circunstancias concurrentes en cada supuesto¹⁷⁷.

La incongruencia en la regulación convencional es visible en dos tipos de convenios. De un lado, en aquellos que se limitan a definir la figura, pero que, de modo incoherente, la desguarnecen de su protección disciplinaria sin tipificarla como falta y, por tanto, guardando también silencio sobre su

¹⁷⁶ Cfr. arts. 27.3, k, y 28 CC del Comercio de Alimentación de Ourense (BOP 7-8-2006); arts. 52 y 53 CC Oficinas y Despachos de Huesca (BOP 13-6-2006), y art. 43 CC de Peluquerías y Salones de Belleza de Álava (BOTH 28-6-2006)

¹⁷⁷ Cfr., los arts. 47 CC del Comercio de Alimentación de Pontevedra (DOP 8-9-2004); art. 46 CC del Comercio e Importaciones de Artículos fotográficos, vídeo y sonido de Barcelona (DOGC 27-1-2004)

sanción¹⁷⁸. De otra parte, en los convenios que no definen la figura pero, pese a ello, no tienen empacho alguno en tipificarla y sancionarla como falta laboral. Son los más numerosos¹⁷⁹. La incoherencia aparece también aquí ante la falta de delimitación conceptual de la figura, pues la inexistencia de definición legal expresa de la misma puede colmarse por el instrumento convencional, bien como falta acreedora del despido disciplinario, especificando así la genérica causa del art. 54.2, d, ET, bien como falta merecedora de una sanción de menor severidad al abrigo de la habilitación que a dicho instrumento reconoce el art. 58.1 ET. Desatendiendo de este modo la necesaria congruencia reguladora, el convenio deja un peligroso margen de indeterminación al poder disciplinario empresarial y una inconveniente y extensa zona de interpretación a la jurisprudencia.

Las conclusiones que estos rasgos generales permiten alcanzar no pueden ser, claro está, reconfortantes. En primer lugar, porque demuestran que la protección sancionatoria de los derechos fundamentales del trabajador por parte de la negociación colectiva suele concentrarse en los índole sindical, advirtiéndose una evidente indiferencia respecto de los denominados derechos laborales inespecíficos de orden igualmente fundamental, ceñidos, en cuanto aquí importa, a la integridad moral, a la intimidad y al honor del trabajador víctima del acoso moral. En segundo término, dado que confirman la razonable hipótesis de que la indolencia del legislador en la regulación de esta clase de acoso había de desembocar en esta desidia y desorden normativo convencional, que, más allá de la necesaria diversidad que en la norma convencional ha de anidar, deja al trabajador víctima del acoso moral con un menor nivel de protección extrajudicial desde la perspectiva de la clara, suficiente y eficaz respuesta que la sanción laboral ha de proporcionar a la conducta acosadora.

4.3.2. *Las sanciones administrativas*

En el plano sancionador público del AMT se plantea un conjunto de cuestiones de indudable interés. Dado el carácter de este estudio, me limita-

¹⁷⁸ Cfr. arts. 48 y 6 y 7 del Anexo I del CC para las Industrias de Hostelería de Segovia (BOP 4-8-2006); los arts. 57, 62, 63 y 64 CC del Sector de Confeitería, Pastelería y Bollería de Barcelona. (DOGC 14-8-2006).

¹⁷⁹ Véase, por ejemplo, el art. 37.3, j, del convenio colectivo del Sector Agrario de Cantabria (BOC de 23-11-2004), el art. 33 del convenio colectivo del sector Detallistas y Autoservicios de Alimentación de Zaragoza. (BO. Zaragoza 27-6-2006), los arts. 49 y 54 del CC del Sector de Tiempo Libre y Sociocultural de Cataluña (DOGC 1-6-2005); el art. 29 del convenio colectivo del Sector de Industrias de Manipulación y Exportación de Frutos Secos de Alicante (BOAL 1-7-2006).

ré a considerar con brevedad las que, a mi juicio, revisten un mayor calado aplicativo. La primera de ellas es una consecuencia de la pasividad del legislador en la regulación concreta de este acoso y concierne a la falta de tipificación expresa del mismo como sanción administrativa, ora en el ámbito de las infracciones en materia de relaciones laborales, ora en el de la prevención de riesgos en el trabajo. La ausencia es más visible en la primera de esas materias desde el momento en que las otras dos modalidades de acoso en el trabajo, el acoso sexual y el acoso discriminatorio, están catalogadas como infracciones de carácter muy grave en los artículos 8.13 y 8.13 bis, respectivamente, del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), aunque debe señalarse que el acoso discriminatorio recogido en el último precepto resulta notoriamente incompleto en cuanto a su ámbito objetivo, dado que únicamente se circunscribe a las causas que en el mismo se contemplan.

La carencia de esa específica tipificación obliga a considerar si la conducta de AMT es subsumible en alguna de las infracciones reguladas en la LISOS, teniendo en cuenta que la pluralidad de bienes y derechos lesionados por la conducta acosadora habría de recibir una respuesta también diversificada por parte de la normativa sancionadora de orden laboral.

Por lo que respecta a las infracciones en materia de relaciones laborales, debe precisarse ante todo que la conducta de acoso moral puede servirse, indirectamente, de comportamientos dirigidos a hostigar o humillar al trabajador acosado, como son, a guisa de mero ejemplo, el cambio de funciones, de lugar de trabajo, de horario o de turnos. Estos comportamientos instrumentales a ese acoso encontrarán acomodo en las específicas infracciones que los tipifican, con independencia ahora de la aplicación del principio *non bis in idem* en el terreno sancionatorio. Pero, al margen de tales conductas infractoras del orden sancionador público laboral, es posible detectar dos tipos de infracciones en la referida materia en las que, de modo directo, puede encuadrarse el mencionado acoso, aunque éste no aparezca expresamente recogido en los mismos.

Una primera infracción, de carácter grave, queda tipificada en el art. 7.10 LISOS, catalogándose como tal los actos u omisiones contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el art. 4 del ET, «salvo que proceda su calificación como muy graves, de acuerdo con el artículo siguiente». Al vulnerar el AMT invariablemente el derecho del trabajador a la consideración debida a su dignidad, reconocido en el apartado 2, e, del referido precepto estatutario, la gravedad de la infracción administrativa derivada de dicho acoso ha de operar como regla mínima en este tipo de acoso, pese a la inconveniente carencia de regulación legal específica del mismo. La mayor gravedad de la conducta de acoso queda reservada, en el art. 8.11 LISOS, a una segunda infracción. Con arreglo al mismo, habrán de calificarse

como infracción muy grave los actos del empresario contrarios al respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

La posibilidad alternativa de aplicar una de las dos citadas infracciones a la conducta acosadora ha de admitirse sin reparos¹⁸⁰, ya que, como ha habido ocasión de señalar, la gravedad de la conducta acosadora no ha de ser en todo caso uniforme, puesto que no lo son las circunstancias concretas en que la misma se desenvuelve, tanto subjetivas (tales como la posición jerárquica de los sujetos o el número de trabajadores afectados por el acoso) como objetivas (por ejemplo, la duración, la intensidad o los efectos de la conducta). Se trata, por tanto, de observar el principio de proporcionalidad en el ámbito de las infracciones y sanciones administrativas. La propia norma sancionadora en el orden social acepta este principio al establecer los criterios de graduación de las sanciones imponibles en el seno de cada infracción (art. 39 LISOS), lo que no es sino consecuencia específica de la genérica salvaguarda de dicho principio por el art. 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPA).

A semejanza de las infracciones en materia de relaciones laborales, las que conciernen a la prevención de riesgos laborales y encuentran su causa en la conducta de acoso moral son también susceptibles de encuadrarse en varios de los tipos contemplados en los artículos 11 a 13 de la LISOS, habida cuenta de que algunos de los incumplimientos de las obligaciones derivadas del deber general de protección eficaz en punto a la seguridad y salud en el trabajo pueden estar vinculados, de forma instrumental, con el AMT. Tal sería el caso, a modo de ejemplo, del incumplimiento de la obligación de vigilancia de la salud del trabajador víctima del acoso a través de los correspondientes reconocimientos médicos. (arts. 12.2 LISOS: infracción graves), o de la inobservancia del deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores objeto de acoso (art. 13.5 LISOS: infracción muy grave).

Pero de nuevo la ausencia de una específica tipificación del AMT en el elenco de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales ha llevado a consideraciones de orden aplicativo sobre el particular de difícil comprensión. En este orden de cosas, se ha considerado que sólo en casos muy excepcionales y en función de la gravedad de la conducta podrían ser aplicables los artículos 12.7 y 13.4 LISOS, cuando el empresario adscribiera deliberadamente a trabajadores objeto de ese acoso «a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o con sus condiciones psicofísicas, o a tareas peligrosas o nocivas para su salud, sin tomar en considera-

¹⁸⁰ Parece aceptar tan sólo la infracción contemplada en el art. 8.11 LISOS, GIMENO LAHOZ, R.: *La presión laboral...* ob. cit., pág. 346.

ción su capacidad profesional en materia de seguridad y salud en el trabajo»¹⁸¹. Aun cuando se explicaran —cosa que no se hace— las razones que permiten establecer el carácter excepcional en la aplicación de dichos preceptos, la inteligencia de ese rasgo resultaría poco consecuente con la realidad abordada por la jurisprudencia respecto de este tipo de acoso, pues no resulta anómalo que una de las manifestaciones de la conducta acosadora consista precisamente en el cambio de puesto o de funciones con intención humillante o vejatoria, resultando así dicho cambio inconciliable con la situación de acoso de que es objeto el trabajador.

En esta misma línea de estimación aplicativa se ha entendido que el tipo obediente a esta conducta acosadora sería el contemplado en el art. 12.16 LISOS (infracción grave), cuando el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y siempre que se acredite su similitud con los supuestos incluidos en el mismo tipo. Pero aquí surge la imposibilidad neta de aplicar ese tipo, ya que esta acreditación de semejanza integra un supuesto de analogía —aquí de analogía *legis*— y, como es bien sabido, las normas que definen las infracciones y sanciones administrativas no son susceptibles de aplicación analógica, conforme preceptúa el art. 129.4 de la LPA.

La segunda cuestión relevante se refiere a la concurrencia de sanciones administrativas en materia de relaciones laborales y de prevención de riesgos en el trabajo respecto de la conducta de acoso moral. El principio *non bis in idem* impide, de entrada, que puedan sancionarse por la Administración Laboral los mismos hechos que hayan sido sancionados administrativamente cuando concorra identidad de sujeto, hechos y fundamentos (arts. 7.4 del RD 928/1998, de 14 de mayo y 133 de la Ley 30/1992).

Ahora bien, la concurrencia de esa triple identidad y la consecuente aplicación del principio *non bis in idem* no se producirá en el AMT desde la óptica del concurso ideal de infracciones, puesto que la existencia de un solo hecho constitutivo de dos más infracciones administrativas no es la regla en esta materia a la luz de distinta tipificación de las acciones u omisiones que integran los hechos contemplados en la LISOS respecto de la conducta conformadora de dicho acoso. Siendo esto así, no entrará en juego el mencionado principio, al poder identificarse distintos hechos subsumibles en diversas infracciones, dando ello lugar a un concurso real de éstas en el que una misma resolución administrativa enjuiciará los distintos hechos imponiendo sanciones independientes para cada uno de ellos.

¹⁸¹ Punto 2.º, a) del *Criterio Técnico sobre mobbing (acoso psicológico o moral)*, adoptado por la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 14 de marzo de 2003.

Esta última situación de concurso real debe ser matizada, sin embargo, en el terreno de la concurrencia de las sanciones administrativas que dan respuesta a la conducta de AMT. Existen, a este respecto, algunos supuestos que comportan una modulación o una excepción normativa del *non bis in idem* y, que por ello, reducen la intensidad de aquella respuesta sancionadora pese a su formal acomodo normativo.

El primer supuesto supone una modulación de aquel principio y se articula en torno al concurso medial de infracciones, que surge, como se sabe, cuando una infracción administrativa es medio o instrumento necesario para cometer otra. Bajo el criterio de la Administración Laboral este concurso supondría la exclusión del *non bis in idem*, ya que, en tal caso, habría de aplicarse el art. 4.4 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto, a cuyo tenor «En defecto de regulación específica establecida en la norma correspondiente, cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida»¹⁸².

Este criterio debe ser puntualizado, toda vez que el supuesto de concurso medial del que parte, aun siendo frecuente no puede, sin embargo, generalizarse, ya se aplique a la comisión de infracciones administrativas tipificadas en distintas materias (relaciones laborales o prevención de riesgos en el trabajo), ya pretenda utilizarse en el ámbito de una sola de ellas. A este respecto, hay que tener en cuenta que la infracción catalogada como AMT puede presentarse de forma autónoma, no constituyendo siempre, por ello, medio necesario para cometer otras, pues ni conduce en todo caso, de forma ineluctable, a la vulneración de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (la conducta acosadora no desemboca en todo caso en un daño físico o psíquico de la gravedad exigible en este tipo de acoso y que, al tiempo, implique dicha vulneración), ni se vale ineludiblemente de otras infracciones laborales (cambio de puesto o función, traslado, falta de ocupación efectiva...).

El segundo de los supuestos que exige ser precisado es el relativo a la infracción continuada, identificable allí donde varias acciones u omisiones infringen el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (art. 4.6, párr. 2.º RD 1398/1993). En este caso, y conforme a lo dispuesto en el último inciso del art. 7.4 del RD 928/1998, la aplicación del *non bis in idem* se exceptúa pese a la existencia de identidad de sujeto, hechos y fundamentos, siempre que el infractor persista «de forma continuada en los hechos sancionados» y la correspondiente resolución administrativa así lo establezca. La regla supone moderar la acumulación de sanciones que se derivaría de la considera-

¹⁸² *Ibidem*..., punto 2.º, b).

ción independiente de las distintas infracciones a que darían lugar las acciones u omisiones infractoras —en nuestro caso la conducta de acoso moral—, utilizando para ello la ficción jurídica de que sólo existe una infracción continuada y, por tanto, de que ha de imponerse una única sanción, si bien la contumacia del sujeto acosador se valora sancionando la infracción en su grado máximo (art. 39.7 LISOS).

Ahora bien, si se admite que esta regla de atenuación del citado principio exige la homogeneidad del bien jurídico lesionado¹⁸³ dada la «unidad esencial» existente entre el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal¹⁸⁴, sin esfuerzo podrá concluirse que esa uniformidad no siempre está presente en el AMT. Junto a la dignidad y la integridad moral, como bienes jurídicos siempre infringidos en este acoso, otros como la salud, la formación profesional o la maternidad pueden resultar también conculcados por la conducta de acoso, de modo que su sanción habrá de reconducirse en tales casos a distintas infracciones administrativas imposibilitando la aplicación de aquella regla.

Por otra parte, en punto a la sanción administrativa del AMT debe matizarse la solución moderadora que la jurisprudencia brinda respecto de la excepción al *non bis in idem* introducida por la mencionada regla, al señalar, con relación a otras materias ajenas a la que aquí nos ocupa, que tal principio no resulta aplicable en el supuesto de infracción continuada al no sancionarse en realidad los mismos hechos, sino hechos similares, habida cuenta de que su realización se produce en momentos distintos¹⁸⁵. En el caso del AMT, en el elenco de infracciones susceptibles de aplicarse a dicha clase de acoso, la LISOS ha acotado distintas acciones u omisiones integrantes de los hechos constitutivos de esa conducta o directamente vinculados con ella, de modo que no cabe apreciar distintos hechos sobre la base de una infracción continuada, sino con arreglo al principio de tipicidad de las infracciones, aplicable sin duda al ámbito administrativo sancionador conforme ha sentado la jurisprudencia constitucional¹⁸⁶.

El tercer supuesto permite la exceptuación normativa del *non bis in idem* de la mano del recargo de prestaciones. Junto a las sanciones administrativas expresamente contempladas en la LISOS para corregir el AMT, hay que considerar también aplicable a éste el recargo de prestaciones económicas cuando el acoso dé lugar a la situación de incapacidad temporal o de invalidez permanente del trabajador que, por existir el nexo de causalidad entre

¹⁸³ Homogeneidad exigida como elemento objetivo en el delito continuado. Cfr, a este respecto, MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1989, págs. 198.-199.

¹⁸⁴ A ella se refiere la STS, 3.ª, de 8-2-1990.

¹⁸⁵ Ver, por todas, la STS (Sala 3.ª) de 4-1-1990.

¹⁸⁶ Véase, por todas, la STC 42/1987, de 7-4.

trabajo y lesión corporal, tenga su causa en la contingencia de accidente de trabajo, sea o no a título de enfermedad de trabajo, y el accidente derive del incumplimiento de las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo o la de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de las condiciones personales del trabajador (art. 123.1 LGSS)¹⁸⁷.

Dos observaciones principales suscita la aplicación de este recargo al tipo de acoso que se analiza. La primera de ellas incumbe a la naturaleza del recargo en relación con su compatibilidad respecto de otro tipo de responsabilidades. Para la jurisprudencia mayoritaria no resulta dudoso que el recargo «constituye una responsabilidad a cargo del empresario extraordinaria y puramente sancionadora»¹⁸⁸ Esta conceptualización sancionatoria del recargo de prestaciones, no permitiría, inicialmente, salvar el escollo del principio *non bis in idem*, puesto que esta sanción y las restantes de orden administrativo que en su caso correspondieran participarían de la misma naturaleza pública, lo que vedaría su conjunta aplicación. No obstante, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 42.3 LPRL y 123.3 LGSS, el recargo es independiente y compatible con cualquier otra responsabilidad administrativa, civil o penal. Este aparente obstáculo puede sortearse si se admite que la controvertida y esquivada naturaleza del recargo le confiere el carácter de «una institución específica y singular de nuestra normativa de seguridad social no subsumible plenamente en otras figuras jurídicas típicas»¹⁸⁹, lo que conduce a su correcto encaje en la categoría de la cláusula penal de origen legal¹⁹⁰.

El recargo cumple bajo este marbete conceptual una irrefragable función sancionadora, de la que proporcionan cumplido fundamento, entre otras razones, la atribución de la responsabilidad del pago directamente al empresario infractor; la terminante prohibición de aseguramiento del recargo, la nulidad de cualquier acto o contrato que se realice para cubrir, compensar o transmitir esta responsabilidad; la graduación del porcentaje de incremento de las prestaciones económicas en función de la gravedad de la infracción empresarial (de un 30 a un 50%); o la inexistencia de responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia del empresario infractor¹⁹¹. Razones provistas de innegable coherencia con la finalidad del recargo, que

¹⁸⁷ SSTSJ/Navarra, 30-4-2001 y 18-5-2001, STSJ/La Rioja de 6-10-2005. Piénsese, por ejemplo, en el incumplimiento de la obligación de evaluación de riesgos, inicial o sucesiva, o de la obligación de vigilancia de la salud del trabajador víctima del acoso a través de los correspondientes reconocimientos médicos.

¹⁸⁸ SSTC 158/1985, de 26-11 y 81/1995, de 5-6, y SSTS de 20-3-1997 y 11-7-1997.

¹⁸⁹ STS de 2-10-2000.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ LABRADA, M.: *Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*. CEDECS. Barcelona, 1996, págs. 563- 578.

¹⁹¹ Cfr. el art. 123.2 LGSS y, entre otras, las SSTS 8-3-1993, 16-11-1993, 31-1-1994, 7-2-1994, 8-2-1994., 9-2-1994, 12-2-1994, 23-3-1994, 20-5-1994 y 22-9-1994.

«pretende impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente»¹⁹².

La disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica del recargo proviene, en buena medida, de un deficiente entendimiento de la cláusula penal de origen legal. En la doctrina especializada no ofrece duda alguna la función punitiva que puede cumplir dicha cláusula cuando ésta tiene origen convencional si las partes así lo acuerdan (art. 1152, párrafo 1.º del CC). Esto supone que, cuando la misma se incorpora mediante pacto al nexo contractual, desempeña una doble función: una función de garantía del cumplimiento exacto de la obligación principal y una función punitiva en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso. En el supuesto de que asuma estas funciones, la pena es exigible además de la indemnización de daños y perjuicios¹⁹³, de modo que no entra aquí en juego el principio general del Derecho de daños de que la indemnización no debe exceder del perjuicio reparado, limitándose al resarcimiento del daño efectivo a fin de evitar un enriquecimiento injusto del acreedor¹⁹⁴, pues el recargo no presenta en estos casos función sustitutiva alguna respecto de la evaluación y liquidación de los daños y perjuicios. No exhibe, por tanto, un cometido resarcitorio, sino claramente punitivo.

Sentado lo anterior, debe desvanecerse la inexacta idea de considerar que la cláusula penal sólo puede tener su origen en el contrato. Porque aunque no sea su forma más común, dicha cláusula encuentra también acomodo en la ley como fuente constitutiva de la misma¹⁹⁵. Sin que proceda ahora detenerse con mayor detalle en este punto, baste señalar que el interés social inherente al mandato dirigido a los poderes públicos para velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2 CE), se concreta aquí en la sanción civil del recargo, a imponer, como cláusula penal de origen legal, en el caso de incumplimiento del empresario de su deuda de seguridad y salud implícita en el contrato de trabajo en virtud del deber general contemplado a este respecto en el art. 14.1 LPRL. En la intervención heterónoma del INSS

¹⁹² STS 2-10-2000.

¹⁹³ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil II. Parte general*. Bosch. Barcelona, 1970, pág. 185. Díez-PICAZO, L.: *Fundamentos de Derecho Patrimonial Civil*. Vol. 1.º. Tecnos. Madrid, 1079, pág. 573.

¹⁹⁴ CASTÁN, J.: *Derecho Civil español, Común y Foral. Tomo tercero. Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. Ed. Reus. Madrid, 1992, 16.ª ed., pág. 285.

¹⁹⁵ LOBATO DE BLAS, J.M.: *La cláusula penal en el Derecho español*. EUNSA. Pamplona, 1984, págs. 119 y ss. DÁVILA GONZÁLEZ, J.: *La obligación con cláusula penal*. Montecorvo. Madrid, 1992, págs. 205 y ss.

en este terreno sancionatorio privado para resolver sobre la imposición del recargo no debe verse antinomia alguna, si se tiene en cuenta que la ambigüedad del concepto de sanción ha conducido a excluir legal y jurisprudencialmente del ámbito de las sanciones administrativas ciertas medidas que, sin embargo, son adoptadas por la Administración Pública con finalidad represiva de conductas ilícitas como sucede, por ejemplo, con las multas coercitivas¹⁹⁶. Por lo demás, el hecho de que no sean el Tesoro Público o el INSS los beneficiarios del recargo, sino el trabajador o sus derechohabientes, no ha de tenerse por argumento que dirima a favor de su naturaleza resarcitoria, ya que la función sancionadora de la pena convencional está admitida sin ambages, como se ha indicado, en el ámbito de las relaciones jurídicas entre privados, función cuya naturaleza afflictiva no se altera por el hecho de que la pena tenga su origen en la norma legal.

La segunda observación anunciada permite advertir que en el accidente de trabajo derivado del AMT no cabrá seguir siempre el dictamen judicial común y apreciar negligencia o imprudencia del trabajador accidentado susceptible de exonerar la responsabilidad empresarial y la consiguiente sanción de recargo de prestaciones por quiebra del nexo causal entre infracción y evento dañoso, cuando la conducta del trabajador sea la determinante en la producción del accidente¹⁹⁷. Porque, aun en la hipótesis de que la conducta negligente del trabajador objeto de acoso pueda considerarse la causa material inmediata del accidente, no podrá desconocerse que, en ciertos casos, dicha conducta puede estar marcadamente condicionada por la tensa y opresiva situación a que esté sometido aquél, con las consecuencias patológicas que los pertinentes informes médicos pongan de relieve, de modo que aquella conducta negligente resultará excusable, pues difícilmente podrá considerarse que, bajo tales circunstancias, el accidente se ha debido a dolo o imprudencia temeraria del trabajador conforme a lo dispuesto en el art. 115.4, b, LGSS. No siendo posible en estos casos exigir la diligencia debida en el desempeño de la actividad laboral, no podrá apreciarse la quiebra de aquel nexo causal, manteniéndose, por tanto, la responsabilidad empresarial derivada del accidente y la sanción del recargo.

Una tercera y última cuestión significativa en el orden práctico afecta a la determinación de los sujetos cuya conducta de AMT trata de corregirse con las sanciones administrativas. A la luz de la LISOS, sólo es posible identificar al empresario como sujeto responsable de dicha conducta, aunque el sujeto activo de la misma no siempre sea aquél. De acuerdo con esa dualidad de posiciones subjetivas, el empresario responderá en este ámbito ad-

¹⁹⁶ SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo General II*. Iustel. Madrid, 2004, pág. 381.

¹⁹⁷ Cfr. STS 20-3-1985 y STSJ/Asturias de 23-1-2004.

ministrativo tanto si es él mismo el sujeto acosador, como en el caso de que dicha conducta se lleve a cabo por un trabajador o trabajadores de la empresa, o por terceros no vinculados con la misma por contrato de trabajo (clientes, proveedores...) y el empresario conozca la situación y no aplique las correspondientes medidas sancionadoras.

Como ya se vio en su momento, la conducta del empresario como sujeto activo del acoso moral podrá encuadrarse en el marco infractor de los actos u omisiones contrarios a la intimidad y a la consideración debida de la dignidad de los trabajadores (arts. 7.10 y 8.11 LISOS), o que supongan incumplimiento de las obligaciones de prevención de riesgos laborales (arts. 12 y 13 LISOS). Pero el acoso horizontal realizado por otros trabajadores asalariados vinculados a la empresa sólo puede tener una parcial acogida en la LISOS, por la vía de estos últimos preceptos, en aquellos casos en que la situación de acoso moral esté originada o facilitada por el incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de seguridad y salud laborales.

Cegada queda, sin embargo, la posibilidad de sancionar administrativamente al empresario cuando el acoso moral se realice por un tercero no vinculado a la empresa por una relación laboral. La carencia de una tipificación específica de este tipo de acoso como infracción administrativa, no puede suplirse mediante la aplicación analógica de los arts. 8.13 y el art. 8.13, bis, LISOS, como se ha sostenido por algunos autores¹⁹⁸, pues, como ya se ha reiterado, los supuestos de acoso sexual y de acoso discriminatorio que los mismos contemplan integran figuras distintas del acoso moral, aunque el género acoso sea común a todas ellas. La diversa realidad fáctica y jurídica que dichas figuras contemplan, hace impracticable la vía analógica en esta materia sancionatoria, por mucho que con su aplicación se lograra un nivel protector extrajudicial más eficaz para el trabajador acosado.

La insuficiente delimitación del empresario como único sujeto infractor en el AMT, condicionada sin duda la incompleta tipificación de esta figura en el ámbito de las infracciones administrativas en materia laboral y de seguridad y salud en el trabajo, constituye un obstáculo no desdeñable en orden a la utilización conjunta de este tipo de sanciones y de las restantes técnicas extrajudiciales de intervención reactiva. La razón de ello descansa en que dicha delimitación, al aminorar las posibilidades de acudir a la técnica sancionadora no sólo resta eficacia a las funciones preventiva y ejemplarizante anudadas a aquellas sanciones, sino que, al tiempo, desincentiva al empresario en la búsqueda de una solución extrajudicial al conflicto que brinde adecuada y equitativa protección al trabajador acosado.

¹⁹⁸ ROMERO RÓDENAS, M. J.: «Protección frente al acoso en el trabajo». *Bomarzo*. Albacete, 2004, págs. 68-69. RIVAS VALLEJO, M. P.: *Violencia psicológica en el trabajo: su tratamiento en la jurisprudencia*. Thomson. Civitas., 2005, pág. 62.



LA PROTECCIÓN EXTRAJUDICIAL FRENTE AL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

ROSA QUESADA SEGURA

Catedrática de Derecho del Trabajo

Universidad de Málaga

EXTRACTO

La erradicación de todas las formas de violencia para la mujer constituye materia prioritaria en todas las medidas comunitarias. Pese a ello el acoso sexual en el trabajo ha sido tradicionalmente tratado y relegado a disposiciones no vinculantes, como el Código práctico de conducta de la Comisión o la Comunicación de la Comisión relativa a la consulta de los interlocutores sociales sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo. De ahí la trascendencia de la Directiva 2002/73/CE, en cuanto se refiere explícitamente al acoso sexual como una discriminación por razón de sexo; reiterado por la Directiva 2006/54/CE y transpuesta a nuestro ordenamiento por medio de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la mejor aportación de la legislatura actual. Las líneas de actuación básicas en las normas citadas se resumen en las siguientes: prevención —a través de formación, información y campañas de sensibilización—, establecimiento de procedimientos específicos de denuncia y garantía de indemnidad y todo ello en un marco de colaboración entre los sujetos sociales.

Esta protección extrajudicial se articula en la negociación colectiva, que cumple una función eminentemente pedagógica y se constituye en el medio por excelencia para cambiar hábitos y conductas fuertemente arraigadas en determinados ámbitos profesionales. En este trabajo se pretende un acercamiento al tratamiento que del acoso sexual se contiene en la negociación colectiva, a fin de analizar si se cumplen las potencialidades que el convenio colectivo propicia.

En síntesis pueden señalarse tres etapas en la negociación colectiva. Una primera, hasta los primeros años noventa, en donde apenas existían referencias al acoso sexual y cuando se hacía era habitualmente en las reglas sancionadoras. Una segunda, hasta comienzos de dos mil, en donde comienza a ser ya un tema de cierta reiteración y donde se contienen reglas de procedimiento e incluso medios de prevención contenidos en prácticas de buenas práctica, sin olvidar que lo esencial continúa siendo la calificación como falta sancionable, y, al hilo de ello, una definición que nada aportaba respecto a las disposiciones comunitarias. Finalmente, la etapa actual, mucho más activa y numerosa, en donde junto a la reiteración de las reglas legales —lo que nunca está de más, por esa función informativa de derechos— aparecen ya verdaderos códigos de buenas prácticas, guías que introducen acciones preventivas para ser tenidas en cuenta en la organización del trabajo y en las condiciones del mismo.

Así, la negociación colectiva es reflejo de una evolución normativa concreta: desde el reconocimiento tímido de derechos a la promoción y salvaguarda de los mismos. Pero también, una vez más, la negociación colectiva es motor de cambio, que tras contribuir a romper las inercias sociales, consigue que se trasladen a la norma legal las reglas pactadas.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL
 - 2.1. Antecedentes
 - 2.2. El Acoso sexual. La definición que nos vincula
 - 2.3. La definición de acoso sexual en los convenios colectivos
3. GARANTÍAS LEGALES Y PROCEDIMIENTOS Y GARANTÍAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS
 - 3.1. Marco normativo
 - 3.2. Las garantías pactadas en la negociación colectiva
 - 3.2.1. Reglas respecto al procedimiento
 - 3.2.2. Medidas cautelares y garantía de indemnidad
 - 3.2.3. El establecimiento de la sanción
4. MEDIDAS PREVENTIVAS EN LAS DISPOSICIONES COMUNITARIAS, NACIONALES Y EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 4.1. El marco normativo
 - 4.2. Las medidas de prevención en la negociación colectiva
5. BREVE CONSIDERACIÓN DEL TRATAMIENTO DEL ACOSO SEXUAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. INTRODUCCIÓN

El acoso sexual en el trabajo es una cuestión grave e importante en las relaciones laborales. Por una parte porque se trata de un problema muy extendido¹, por otra, porque da lugar a diversas consecuencias que afectan tanto a los derechos individuales de la persona —a su integridad, a su salud, a su dignidad, a su libertad, al derecho al trabajo y a su promoción—, como a la propia organización empresarial, y más allá de ello repercute en el propio interés común presente en las políticas públicas de empleo que fija uno de sus principales objetivos en el incremento del empleo de la mujer².

No obstante el acoso sexual es una materia cuyo tratamiento en las propias disposiciones comunitarias, siempre más activas en materia de discriminación por razón de sexo que los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, ha sido tradicionalmente relegada de las Directivas comunitarias sobre discriminación por sexo —al menos directamente, no en cuanto a los efectos que se derivan para la seguridad y salud de los trabajadores de acuerdo con la Directiva marco 89/391/CEE—, para ser contemplada y de

¹ «Se estima que llega a alcanzar un porcentaje de entre el 40 y el 50 por 100 de trabajadoras a las que se le han hecho propuestas sexuales no deseadas, lo que supone que la incidencia en ellas es mucho mayor que en los hombres» Panorama sociolaboral de la mujer en España, Gabinete de estudios del CES, n. 23, enero, 2001. En abril de 2006, un Informe del Instituto de la Mujer denuncia que el 15% de las mujeres trabajadoras ha sido víctima de acoso sexual en el trabajo lo que supone en relación con el empleo femenino actual, un número de afectadas de 1.310.000 trabajadoras.

² Los objetivos de empleo de Lisboa, fijan en un 60% la tasa de empleo femenino para 2010, cuando actualmente es del 55,7%.

forma tardía —si se tiene en cuenta que la primera Directiva específica es la 75/117/CEE— en dos disposiciones no vinculantes, la Resolución del Consejo de 20 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (90/C167/02) y la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (92/131/CEE) al que acompaña un Código de Conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual. De esta forma, y dentro de su carácter de Recomendaciones, estas disposiciones comunitarias, y especialmente el Código de Conducta, han constituido hasta momentos muy recientes el elemento unificador en los ordenamientos y prácticas nacionales, sirviendo de criterio hermenéutico en las resoluciones judiciales y de referencia en el tratamiento de la cuestión en la negociación colectiva.

A éstas deben unirse dos medidas importantes adoptadas por la Comisión en base al art. 138.2 del Tratado, y dirigidas a reforzar la función de los agentes sociales en la prevención del acoso sexual en la empresa. Se trata de la Comunicación de la Comisión de 24 de julio de 1996, relativa a la consulta de los interlocutores sociales sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo, y la Comunicación de la Comisión de 19 de marzo de 1997, por la que se lanzaba la segunda fase de consultas de los interlocutores sociales sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo³. Faltaba, sin embargo, garantizar, a través de una norma vinculante, un tratamiento uniforme y eficaz en los ordenamientos nacionales por el que se regularan cuestiones esenciales como la definición de la figura de acoso sexual, la garantía de indemnidad en su denuncia, la declaración de las responsabilidades y la fijación de un sistema preventivo para su eliminación en el lugar de trabajo.

Por ello fue un paso necesario cuando, con fundamento en el art. 13 TCE y en el art. 6 introducido por el TUE, se aprobaran la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por razón de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En primer lugar porque esta regulación conjunta y complementaria suponía el nacimiento de un auténtico derecho comunitario antidiscriminatorio de alcance general; y en segundo lugar, porque en ambas Directivas se contenían definiciones claras y precisas de conceptos no bien determinados, y sin embargo esenciales, para el entendimiento correcto del principio de igualdad de trato. Así se fijan las nociones de discriminación directa y de discriminación indirecta⁴ y se intro-

³ Comunicación de la Comisión COM (96) 373 final. (No publicada en el diario oficial)

⁴ Entendida como la producida por disposiciones, decisiones o cláusulas de un convenio colectivo que, aún siendo aparentemente neutras, dan lugar a una desventaja particular a

ducía la consideración del acoso por estas razones como una discriminación, definiéndolo tanto por razón de su objeto —«atentar contra la dignidad de la persona»—, como por las consecuencias que produce —«crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»—.

Se abre de esta forma el camino a la necesaria adaptación de las Directivas sobre igualdad de trato por razón de sexo, a la evolución social y a la nueva regulación del Tratado Constitutivo Europeo tras Ámsterdam. En consecuencia la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002 del Consejo que modifica la Directiva 76/207/CE, surge con el objetivo de lograr un compromiso más activo de los Estados miembros en la igualdad entre hombres y mujeres, para lo cual —destaca su Exposición de Motivos— resulta de todo punto imprescindible la claridad y el entendimiento correcto de los conceptos. Y es que «la certeza legal y la reducción del estado de incertidumbre, sobre la que se ha venido insistiendo reiteradamente el Tribunal de Justicia, son ineludibles frente a la constatación del fortalecimiento de las desigualdades frente a los sexos como consecuencia, entre otros fenómenos unidos a la llamada globalización económica, de las políticas de flexibilidad en el empleo y la agravación de las desigualdades sociales en el ejercicio de los derechos»⁵. Y es que, además, esta ausencia de definición legal en el caso de acoso sexual —precisamente por tratarse de un concepto de difícil aprehensión en el que se cruzan elementos objetivos, el hecho en sí, y subjetivos, la aceptación o no del mismo por el sujeto receptor— había venido dando lugar a una jurisprudencia contradictoria y en definitiva a una situación de clara inseguridad jurídica.

Finalmente, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, última aportación comunitaria en esta materia, supone la refundición en un único texto de otras varias disposiciones comunitarias en materia de igualdad por sexo⁶, y entre ellas la importante Directiva 2002/73/CE, manteniendo, además la misma actitud activa y positiva que domina en sus mandatos. Se pasa de la prohibición —actitud pasiva— al compromiso activo de erradicar el hecho discriminatorio, es una norma, por tanto, de claro carácter preventivo. Introduce además, recogiendo el contenido de la Directiva citada, el principio

personas pertenecientes a grupos sociales con presencia demográfica relevante, definidos por los mencionados motivos de discriminación prohibidos, salvo que tal decisión o práctica tenga justificación objetiva y en modo alguna motivada por móviles discriminatorios.

⁵ CASAS BAHAMONDE, M.E.: «De la igualdad de retribución por razón de sexo a la eliminación de las discriminaciones: el nuevo derecho antidiscriminatorio», *Revista de Relaciones Laborales*, 2002, pág. 123.

⁶ Directiva 86/378/CE, Directiva 75/117/CE, Directiva 97/80/CE, Directiva 2002/73/CE.



de igualdad sustancial al declarar que la igualdad de trato no resulta incompatible con las acciones que puedan establecer las legislaciones nacionales tendentes a lograr la igualdad real. Este impulso hacia una acción más efectiva en la lucha antidiscriminatoria se manifiesta igualmente en el mandato a los Estados miembros respecto al establecimiento de procedimientos judiciales, administrativos o de conciliación a fin de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato, incluso después de terminada la relación laboral; así como en el establecimiento de una indemnización suficiente, «disuasoria y proporcional» para la reparación de los perjuicios sufridos por la discriminación, y, finalmente, en la introducción del principio de indemnidad, protegiendo frente al despido o cualquier otro trato desfavorable al trabajador y a sus representantes como reacción ante la denuncia del acto discriminatorio.

En esta posición activa que se demanda a la acción de los Estados miembros, se le ordena la instauración de un régimen sancionador efectivo y la designación de organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo a la igualdad de trato, incorporando la posibilidad de que asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas con interés legítimo puedan iniciar cualquier procedimiento judicial establecido al efecto. Y también, como parte sustancial de su contenido, la Directiva 2006/54/CE resalta la función de los interlocutores sociales en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres y en la interdicción de la discriminación⁷, para lo cual se encomienda a los Estados miembros, con arreglo a sus respectivas tradiciones y prácticas nacionales, la adaptación de las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social, principalmente mediante la negociación colectiva⁸ como instrumento especialmente adecuado para apoyar la igualdad entre hombres y mujeres.

Importante también por introducir, en el ámbito de la igualdad por género, conceptos como los de discriminación directa —situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo—; discriminación indirecta —situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los

⁷ «Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo».

⁸ Los Estados miembros... alentarán a los interlocutores sociales a promover la igualdad entre hombres y mujeres y a celebrar, en el nivel adecuado, convenios que establezcan normas antidiscriminatorias.

medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios—; acoso por razón de sexo —situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo—; y acoso sexual —situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo— que ya habían sido definidos pero en relación con las respectivas causas de discriminación prohibidas en las anteriores Directivas del año 2000.

En la materia que ahora nos interesa la mejora que introduce la Directiva 2006/54/CE —recogiendo y mejorando lo ya dispuesto en la Directiva 2002/73/CE—, es indudable. En primer lugar, la norma comunitaria va a impedir que aquellas legislaciones nacionales que hasta el momento presente continúen ignorando estas situaciones de violencia para la mujer en el lugar de trabajo o que traten de manera insuficiente el acoso sexual⁹, puedan continuar haciéndolo. Este es pues ya un primer paso importante en la necesaria erradicación de tales conductas en todo el ámbito comunitario. Ahora, junto con la definición del acoso sexual recogido en una Directiva comunitaria —lo que supone un principio de uniformidad en la regulación legal de los Estados miembros y en la interpretación del juez nacional—, se reconoce explícitamente que el acoso sexual es una discriminación por razón de sexo —lo que supone que todo el mecanismo de garantía antidiscriminatoria se pondrá en juego en este supuesto—, así como el impulso a la acción de los sujetos sociales supone la introducción, en este ámbito, de los medios de acción de la autonomía colectiva, entre los que destaca la negociación colectiva, vía idónea para erradicar prácticas como ésta, fuertemente ancladas en los lugares de trabajo.

En nuestro ordenamiento interno hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres¹⁰ el acoso sexual únicamente se mencionaba como un derecho del

⁹ En el momento en el que se aprueba la Directiva 2002/73, el tratamiento normativo del acoso laboral es muy dispar en los Estados Miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Francia o España, tienen una regulación específica, aunque en algunos supuestos como el español, realmente insuficiente, o muy limitado como ocurre en la legislación francesa que solo lo contempla cuando se utiliza como coacción para el mantenimiento o acceso al empleo o la mejora de las condiciones de trabajo. En Inglaterra se considera dentro de la legislación general sobre discriminación sexista. En Portugal no se contempla. Sin entrar a analizar la legislación específica de los diez nuevos países que recientemente se han incorporado a la Unión Europea (Datos: CES: «El acoso sexual en el trabajo», n. 41, 2005).

¹⁰ BOE de 23 de marzo de 2007.



trabajador en la relación de trabajo unido al respeto a su dignidad.¹¹ y que se manifestaba en ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual —art. 4.2. e) del Estatuto de los Trabajadores en ese punto modificado por la Ley 3/1989—. Definición, por tanto, muy estricta, pero que recoge sustancialmente las notas definitorias de la figura y a la que me referiré de nuevo más adelante.

En cuanto a los mecanismos de protección, no se incluía específicamente al acoso sexual como una discriminación por razón de sexo y ni siquiera se consideraba como causa explícita del despido disciplinario en el art. 54.2 ET. Lo que no quiere decir que no fuera causa de despido pero sí que ello se producía al amparo de otras causas allí recogidas, como la trasgresión de la buena fe contractual (art. 54.2 d) ET) o las ofensas verbales o físicas (art. 54.2 c) ET). Por otra parte, la responsabilidad del empresario por tales actos se garantizaba al considerar el art. 8.13 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social que se consideran «infracciones muy graves... el acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma». A lo que debe añadirse el deber general de protección del empresario ante los riesgos de seguridad y salud en el trabajo que contiene el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y que da cobertura, como así lo ha entendido alguna resolución judicial¹², a los problemas de salud derivados de una situación de acoso sexual.

En definitiva, existía hasta el momento presente un tratamiento legal muy limitado de esta figura que venía siendo completado mediante resoluciones de los Tribunales del Orden Social.¹³ y, de forma muy parcial —con un tratamiento casi exclusivamente disciplinario— en la negociación colectiva.

Por ello la entrada en vigor, el día 24 de marzo de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres ha supuesto un paso fundamental, en general en materia de Igualdad de Oportunidades y por lo que aquí interesa, en el tratamiento dispensado al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, trasladando a nuestro ordenamiento la noción conceptual todavía no transpuesta de las Directivas comunitarias.

¹¹ «En el ámbito de esta salvaguardia (art. 18 CE)... queda así prohibido el acoso sexual por generar un ambiente laboral desagradable, incomodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante» —STC 224/1999 de febrero—.

¹² STSJ del País Vasco de 30 de abril de 2002, «...evidentemente los daños producidos han de entenderse como derivados del trabajo y así las prestaciones derivadas del daño deben ser consideradas como accidente de trabajo»; STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2003, sobre efectos psicosociales derivados de una situación de acoso.

¹³ «En el ámbito de esta salvaguardia (art. 18 CE)... queda así prohibido el acoso sexual por generar un ambiente laboral desagradable, incomodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante» —STC 224/1999 de febrero—.

En el ámbito de las definiciones, el art. 7 de la LO 3/2007 se refiere al acoso sexual como cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad d una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Con independencia de su análisis posterior, lo importante de esta definición frente a la contenida en la Directiva 2006/54/CE, es que en ésta desaparece el carácter indeseado del acto ofensivo. La intencionalidad del autor es lo relevante y no la manifestación de rechazo de la víctima.

Y, al igual que la Directiva 2006/54/CE, el acoso sexual se considera en todo caso discriminación por razón de sexo —«el acoso sexual y el acoso relacionado con el sexo se considerarán actos de discriminación por razón de sexo»—, y se declara la garantía de indemnidad ante una situación de tal naturaleza —«el rechazo o sumisión por parte de una persona, de cualquier comportamiento constitutivo de acoso sexual o de acoso relacionado con el sexo, no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte»—.

En consecuencia y coherentemente, se modifican dos reglas del Estatuto de los Trabajadores: el párrafo e) del apartado 2 del art. 4 ET, que quedará redactado en los siguientes términos: el trabajador, en su relación de trabajo tendrá derecho «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso sexual y al acoso relacionado con el sexo»; y el párrafo g) del apartado 2 del art. 54 ET, a fin de introducir como causa de despido disciplinario «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual y el acoso relacionado con el sexo al empresario o a las personas que trabajen en la empresa»¹⁴.

Por último también la LO 3/2007, recogiendo una reiterada proposición comunitaria¹⁵, se dirige a los agentes sociales a los que insta a erradicar tales conductas del centro de trabajo, mediante la constitución de medidas de control, y el establecimiento de procedimientos eficaces y especialmente tendentes a la prevención. De esta forma dentro del Capítulo III relativo a los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción

¹⁴ Disposición Adicional Undécima —«Modificaciones del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de esta Ley»—, LO 3/2007...

¹⁵ Desde la Recomendación de 27 de noviembre de 1991, hasta las últimas medidas comunitarias en este sentido como la Comunicación de la Comisión de 24 de julio de 1996, relativa a la consulta de los interlocutores sociales sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo y la Comunicación de la Comisión de 19 de marzo de 1997, por la que se lanzaba la segunda fase de consultas de los interlocutores sociales sobre prevención del acoso sexual en el trabajo.



de la igualdad, el art. 48 contempla medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo. No se trata de una propuesta para incluir en los planes de igualdad, sino de una medida o disposición preventiva tomada para poner en práctica frente al acoso. Tales medidas han de sumarse a la promoción de condiciones de trabajo que eviten, no que traten de evitar, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, arbitrando asimismo procedimientos propios para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. A tal fin podrán establecerse medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

En síntesis aquí, pero también en todas las disposiciones comunitarias, se reconoce la importante función de la negociación colectiva en esta materia que de esta forma se constituye en el medio por excelencia para cambiar hábitos y conductas fuertemente arraigadas en los ámbitos locales y profesionales. Y por ello, y en definitiva, en el mejor medio para combatir el acoso sexual en la empresa.

No obstante y pese a la importancia reconocida al convenio colectivo en materia de prevención y reparación de tales conductas, lo cierto es que, hasta fechas relativamente recientes, ha sido un tema insuficientemente tratado en las normas convencionales.

En este sentido pueden señalarse tres etapas respecto al tratamiento que del acoso sexual se ha realizado en la negociación colectiva. Una primera, hasta los primeros años noventa¹⁶, en donde apenas existían referencias al acoso sexual, y cuando se hacía era habitualmente dentro de la sección dedicada a las reglas sancionadoras, calificando como grave o muy grave tales comportamientos; una segunda etapa, hasta comienzos del dos mil, en donde aparece como un tema de cierta reiteración y donde se avanza en el establecimiento de reglas de procedimiento e incluso se incluyen medidas de prevención, si bien también en esta fase lo esencial continúa siendo el tratamiento disciplinario, y, al hilo de ello, se proponen nociones conceptuales que poco aportaban de la definición contenida en las disposiciones comunitarias¹⁷, optándose, por lo general, por reproducir la definición con-

¹⁶ QUESADA SEGURA, R.: «Los principios de igualdad de trato y oportunidades en la negociación colectiva», *Colección Estudios*, n. 1, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1991. Posteriormente DEL REY GUANTER, S.: «Acoso sexual y relación laboral» *RL*, núm. __, 1993 y LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Ed. Comares, Granada, 1996, inciden en lo mismo.

¹⁷ Por señalar dos de los últimos trabajos en esta materia TRUJILLO VILLANUEVA, F. «Poderes empresariales y acoso en la negociación colectiva», en *Observatorio de la negociación co-*

tenida del acoso sexual en el Código de Conducta comunitario —auténtico modelo seguido en buen número de convenios colectivos, o bien la más estricta de nuestro art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores. Y, finalmente, la etapa actual, mucho más activa y numerosa en este sentido, en donde junto a la reiteración de las reglas legales —lo que nunca esta de más, por esa función pedagógica que también cumple el convenio colectivo— aparecen ya verdaderos códigos de buenas prácticas, guías que introducen acciones preventivas para ser tenidas en cuenta en la organización del trabajo y en las condiciones del mismo.

Responde de esta forma la negociación colectiva a la evolución normativa que se ha seguido en esta figura. Desde el reconocimiento de derechos a la promoción y salvaguarda de los mismos. Incluso, podría añadirse que aquí, como ha ocurrido con otros derechos, la negociación colectiva, en cuanto responde con mayor prontitud y sensibilidad a la realidad social, es motor de cambio que propicia —o ha propiciado— la modificación legal.

El objeto principal de este trabajo consiste, precisamente, en el análisis de las medidas de protección extrajudicial establecidas en la negociación colectiva. Para ello el trabajo se estructura en tres apartados. El primero analiza el concepto de acoso sexual a partir del marco normativo que ofrecen las disposiciones comunitarias y nuestro propio sistema legal. El segundo y de nuevo partiendo del ámbito normativo, examina los procedimientos y garantías pactados en convenio colectivo que van a conformar un sistema de protección complementario del establecido legalmente. Y el tercer, y siguiendo la misma metodología de los apartados anteriores, considera el tratamiento en materia de prevención del acoso sexual incluido en la negociación colectiva.

2. EL CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL

2.1. Antecedentes

Como consecuencia de una Resolución del Consejo de 11 de junio de 1984 sobre «Las Agresiones a la Mujer», en 1988 se publicó el llamado Informe Rubenstein¹⁸. El Informe, concibe el acoso sexual como aquella con-

lectiva (coord... Escudero Rodríguez, R.) *La negociación colectiva en España. Una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006 págs. 27 y ss. Y SERRANO GARCÍA, J.M.: «El tratamiento del acoso sexual en la negociación colectiva», *Rev. De Derecho Social*, núm. 22, 2003, págs. 209 y ss.

¹⁸ RUBENSTEIN, M. «La dignité de la femme dans le mode du travail» (*Rapport sur le probleme du harcèlement sexuel dans les Etats membres de Communautés européennes*), Luxembourg, 1988.



ducta —proposición, requerimiento u otras actuaciones de carácter físico o verbal de naturaleza sexual—, indeseada por el sujeto que lo recibe, que se da en el entorno laboral, bien prevaleciendo de una situación de superioridad, o bien constituyendo una actitud ofensiva para quien la padece al crear un entorno de trabajo hostil o intimidante¹⁹. Es decir aparecen en este Informe ya los dos elementos constitutivos de la figura del acoso sexual en el trabajo. El primero, de carácter objetivo, fija su atención en el acto del acoso que se considera debe ser, por sí mismo, ofensivo y suficiente —por su importancia y reiteración—, es decir, debe tratarse además de una conducta intencionada, es decir de una actuación dolosa ya que el «autor sabe o debería saber —dentro de parámetros de razonabilidad— que es ofensiva para la víctima». El segundo, de carácter subjetivo, remite a la actitud de la persona que sufre tal situación, exigiendo una manifestación de rechazo de la conducta ofensiva.

También en el Informe Rubenstein se analizan dos modalidades de acoso sexual en atención a las consecuencias que se derivan para la persona ofendida. La primera es aquella que de forma explícita o implícita utiliza la situación de superioridad jerárquica del ofensor haciendo depender el efecto de su decisión de las condiciones de empleo o de trabajo —formación, promoción, salario...—. Es lo que ha venido denominándose como «chantaje sexual» o «quid pro quo», en terminología reiterada²⁰, recogida generalmente en los convenios colectivos para aumentar la calificación de la falta y en consecuencia, la sanción correspondiente.

La segunda es la dirigida a crear un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma. Es la modalidad que ha venido a denominarse «acoso ambiental».

En base a este Informe, la Resolución del Consejo de 20 de mayo de 1990²¹ definió el acoso sexual como aquella «conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo. Esto puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados, procedan de superiores o compañe-

¹⁹ «Toda conducta verbal o física de connotación sexual, cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima. Sería considerada ilegal cuando: a) el rechazo o la aceptación de tal conducta se utilice o invoque como amenaza para fundar una decisión que afecta a su empleo o condiciones de trabajo; b) la víctima cuenta con un fundamento válido para quejarse de que tal conducta ha perjudicado su ambiente de trabajo».

²⁰ MURCIA CLAVERÍA, A.: «La noción de acoso por razón de sexo y el acoso sexual en la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre y las perspectivas (necesarias) de reforma de la legislación laboral española». *Revista de Documentación Laboral*, Volumen II, núm. 74, 2005, pág. 154.

²¹ Relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (90/C167/02).

ros». Y que resulta inaceptable si: a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional o al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo; y, c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma.

Lo novedoso en esta disposición comunitaria es que se refuerza el componente subjetivo del acoso sexual. Este acentuamiento del elemento subjetivo —la conducta es indeseada por la apreciación de quien la recibe— se contrarresta con la exigencia de que la conducta sea, además de indeseada, «irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma». Es decir, con la introducción de otros elementos, medibles objetivamente y cuya existencia permite calificar la conducta fuera de los estándares de conducta habituales.

2.2. El Acoso sexual. La definición que nos vincula

La definición de acoso sexual en la Directiva 2006/54/CE, difiere de las anteriores contenidas en las disposiciones comunitarias, en su carácter más estricto, pero, no obstante, mejora respecto a la extensión de su ámbito de afectación.

El acoso sexual se define como la «situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo», y eextendiendo, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, no sólo a los actos que acontecen en el lugar de trabajo, sino también a aquellos otros que se producen «en el contexto del acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción».

Se establecen, además, una serie de efectos reparadores y de medidas preventivas. Entre los primeros, la prohibición de estas formas de discriminación, la declaración del efecto nulo de la decisión adoptada como consecuencia del «rechazo o sumisión... de cualquier comportamiento constitutivo de acoso sexual o de acoso relacionado con el sexo» y el mandato a que se establezcan en los ordenamientos internos de los estados miembros, sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias. Entre las segundas, la encomienda a los Estados miembros para que, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alienten «a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en parti-



cular, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el lugar de trabajo».

En nuestro ordenamiento jurídico, desde la LO 3/2007 tenemos nuestra propia definición de acoso sexual, que mejora la contenida en las Directivas comunitarias²². Así en su art. 7 se considera que constituye acoso sexual —se dice «sin perjuicio del concepto ya establecida en el art. 184 del Código Penal»²³— cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno, intimidatorio, degradante u ofensivo.

Siendo en todo caso discriminatorio el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Y añadiendo que, el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.

2.2.1. *Las notas configuradoras*

De acuerdo a esta definición las notas configuradoras son las siguientes

- a) El acoso puede exteriorizarse mediante cualquier comportamiento que suponga una ofensa para quien lo recibe, con independencia del medio utilizado —lo que incluye, por tanto, acciones, gestos, insinuaciones, palabras, escritos, dibujos...—.

²² No obstante en el Anteproyecto de Ley se contenía una transposición lineal de la Directiva 2002/73/CE, técnica habitual del legislador nacional que ante la posibilidad de incumplimiento parcial por ignorar parte de su contenido, o incluir más elementos que los comunitariamente exigidos, generalmente opta por reproducir fielmente la regla de la Directiva de que se trate, desconociendo con ello que lo perseguido en las Directivas de armonización es la consecución del resultado fijado.

²³ El art. 184 CP dice.

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocase a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatorio, hostil, o humillante, será castigado como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

- b) El comportamiento debe ser de índole sexual. Se distingue de esta forma el acoso por razón de sexo del acoso sexual —ambos tipos incluidos como discriminación por razón de género—, en que, mientras en el primero el maltrato o la ofensa viene determinado como consecuencia de ser mujer, es decir por el hecho de pertenecer al género femenino, lo que da lugar a actitudes basadas en el menosprecio de la víctima y la prepotencia del agresor y en todo caso tendentes a desvalorizar a la mujer, por el hecho de ser mujer, en su actuación laboral; en el acoso sexual la conducta ofensiva está relacionada con la sexualidad de las personas, lesiona la dignidad e intimidad de la ésta, porque afecta a su libertad sexual.
- c) La conducta debe ser intencionada, «con el propósito (o efecto) de atentar contra la dignidad de la persona». Al tratarse de un hecho sancionable se exige la conducta dolosa del autor que debe conocer que está realizando una intromisión no deseada en la esfera íntima de la persona ofendida. Por tanto, la intencionalidad de la acción y el propósito ofensivo de la misma constituye un elemento de la conducta rechazada.
- d) La conducta debe ser grave en cuanto capaz de generar un entorno «intimidatorio, degradante u ofensivo». Como puede advertirse el legislador ha omitido en la redacción final del precepto dos referencias delimitadoras del concepto que se contienen en la Directiva 2006/54/CE, así como en el Anteproyecto de esta Ley, cuales son los términos «hostil y humillante». De esta forma se eliminan dos notas que perfilan el tipo penal pero que no se exigen para la determinación de la sanción administrativa o disciplinaria laboral.
- e) De forma acertada de la definición contenida en el art. 7 LO 3/2007 desaparece un elemento esencial en la conceptualización de esta figura, siempre presente en las diferentes normas comunitarias. Se trata del carácter indeseado del comportamiento por parte de la persona objeto del mismo. La exigencia de este elemento subjetivo, sin duda el más discutido, traía su justificación en los efectos que podían derivarse de carácter sancionador respecto al trabajador trasgresor y de la responsabilidad en la que podía incurrir el empresario. De esta forma, la manifestación por la víctima del carácter no deseado del acto, se convertía en elemento determinante para la existencia del ilícito. Lo importante, entonces, era convenir como se manifiesta «lo indeseado», teniendo en cuenta los condicionantes de dependencia, precariedad e incluso indefensión, en el que por lo general puede encontrarse la víctima respecto del agresor. La jurisprudencia venía entendiendo de forma razonable que no debe exigirse el rechazo directo y reiterado ante cualquier acción de esta naturaleza, bastando con que bien directamente, bien a través de



otras personas —en este sentido los representantes de los trabajadores— la persona afectada manifestara su incomodidad ante tal situación o incluso lo reflejara a través de su comportamiento²⁴. Como señaló el Tribunal Constitucional, contemplando un supuesto de acoso sexual ambiental, la finalidad de la prohibición de tales conductas «no es conseguir un entorno laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente y no solo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incomodo»²⁵.

Además que, al tratarse de una discriminación por razón de género, la aplicación de la regla de inversión de la carga de la prueba, obligaría a que el empresario demostrase que el ambiente ofensivo y hostil se había generado con el consentimiento libre de quien denuncia.

2.2.2. *El acoso sexual. Discriminación por razón de sexo*

Tanto en la Directiva 2006/54/CE como en el art. 7 de la LO 3/2007, el acoso en sus dos variantes se considera una discriminación por razón de sexo —«el acoso sexual (y el acoso relacionado con el sexo) son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo»—, se dice en el primero. Y como un acto que afecta a la igualdad de trato entre mujeres y hombres y por tanto «se consideraran en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo», en la segunda. Configuración que ha estado presente, con muy pocas vacilaciones, en las normas comunitarias²⁶ y en la doctrina científica desde los primeros años setenta²⁷. En este sentido el Tribunal Constitucional había declarado que «no es admisible una minusvaloración o perjuicio en las condiciones de trabajo inmediatamente asociado al rechazo a las pro-

²⁴ Comentario a la STSJ de Galicia de 29 de abril de 2005, *Actualidad Laboral*, n. 12, junio 2005: «La sentencia recuerda jurisprudencia constitucional —STC 224/1999, de 13 de diciembre y comunitaria europea (sentencia de primera instancia de 26 de enero de 1995 y ATJCE de 11 de enero de 1996) que reconocen que cuando los hechos no se corresponden a «una manera corriente de expresar un interés sexual» el carácter indeseado del acoso «no obliga a una negativa tajante».

²⁵ STC 224/ 1999 de 13 de diciembre.

²⁶ Ya con anterioridad el Código de Conducta comunitario había declarado que el acoso sexual era un problema de discriminación sexual, si bien se refería en general a comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre «el acoso sexual es una discriminación sexual porque el sexo de la persona afectada es el factor que determina quien es objeto del acoso».

²⁷ ALTÉS TÁRREGA, J.A. : «El acoso sexual en el trabajo», *Tirant Monografías*, Valencia, 2002, págs. 76 a 84. Con un análisis de las normas y doctrina científica de EE.UU.

posiciones de carácter sexual del empresario o de un superior jerárquico, lo que constituiría una discriminación directa por razón de sexo»²⁸, e igualmente cuando afirma que «la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitado sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano —art. 10.1 CE—. Tal tipo de discriminación comprende, sin duda, aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca»²⁹.

El acoso por sexo es, pues, una discriminación por razón de género por que afecta generalizadamente a la mujer y por el hecho de ser mujer. Y no es igual el acoso que pueda ejercerse sobre hombres por otros hombres o por mujeres. Estaríamos aquí ante una agresión a la dignidad, intimidad y libertad sexual de las personas. Ante una vulneración de un derecho fundamental, sin duda, y el trabajador afectado tendría el sistema de protección previsto en la Ley, pero no ante una discriminación por razón de género³⁰. El carácter discriminatorio de estas conductas se manifiesta por afectar notoriamente a la mujer como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad y debilidad y reside en el hecho de que el sujeto que recibe la ofensa la recibe como consecuencia de la minusvaloración que el sujeto agresor tiene del sexo femenino. Eso es lo determinante, nada más, y sobre ello reaccionan las leyes antidiscriminatorias.

Sin embargo ha sido preciso esta declaración para que realmente funcione todo el sistema de garantías previstas para la tutela del acto discriminatorio —como se sabe, en nuestro ordenamiento laboral la maternidad y los episodios referidos a ella ya hace tiempo que gozan de esa calificación y, por tanto, de la protección especial que brinda la Ley—, pese a que, como ya se dijo anteriormente, la doctrina científica venía reconociendo tal carácter aunque con dudas, sobre si se debía considerar que era discriminación directa o indirecta³¹.

²⁸ STC de 13 de diciembre de 1999, comentada por MOLERO MANGLANO, C.: «El acoso sexual: elementos sustantivos y problemas procesales. A propósito de la sentencia Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1999». *Rev. Actualidad Laboral*, núm. 15, abril, 2000.

²⁹ STC 182/2005, de 4 de julio.

³⁰ No estoy de acuerdo por tanto con considerar que el acoso sexual desde su calificación de discriminación por sexo pueda considerarse aplicable al género masculino como lo hace Ballesteros Pastor, A. 1993, pág. 184 «ya que salvo los casos de bisexualidad, es el sexo masculino o femenino el que motiva la diferenciación arbitraria y vejatoria».

³¹ Considerando que el acoso sexual es una discriminación directa, (Ballesteros Pastor, A.), y (Lousada Arochena, L.F.); mientras que otros lo consideran una discriminación indirecta.



Igualmente el art. 7 LO 3/2007 extiende la consideración de acto de discriminación por razón de sexo «al condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo». Es decir, entra en el sistema protector del acto discriminatorio aquellos intereses que, aún no alcanzando la categoría de los derechos subjetivos, se consideran que están en vías próximas y razonables de alcanzarse. La expectativa de derechos que la Ley otorga tutela, es aquella pretensión o una esperanza cierta de su consecución de una determinada situación que con posterioridad devendrá en derecho. El derecho adquirido es una realidad presente, la expectativa lo es de futuro³².

2.2.3. *Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias*

El art. 10 LO 3/2007, lista una serie de consecuencias jurídicas que se derivan de las conductas discriminatorias, siendo la primera la declaración de nulidad —y por tanto de la falta de efectos— de los actos y de las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo, dando lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que deberán ser reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

Junto a ello, el art. 9 LO 3/2007 establece la garantía de indemnidad frente a represalias que puedan producirse como consecuencia de la presentación de una denuncia, queja, reclamación, demanda o recurso de cualquier tipo, que pueda presentar una persona destinada a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Con referencia a la tutela judicial efectiva, cuestión íntimamente ligada con la anterior, el art. 12 compendia la doctrina constitucional al respecto, de manera que cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el art. 53.2 CE, incluso tras la terminación de la relación en la que se hubiera producido el acto discriminatorio. Lo que

ta y contra las mujeres ya que el acoso es un acto «formalmente neutro que afecta de forma desproporcionada a las personas pertenecientes a un sexo determinado» (PÉREZ DEL RÍO, T.) citados por MURCIA CLAVERÍA, A. *La noción de acoso...*, *op. cit.* pág. 163.

³² GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, E. y ROBLES CIFUENTES, E.: *Los aspectos laborales de la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 20

subraya la naturaleza irrenunciable de la acción, aún extinguido el vínculo negocial con finiquito, dada la naturaleza pública y no jurídico privada de la tutela³³.

2.3. La definición de acoso sexual en los convenios colectivos

El concepto de acoso sexual aparece de forma general en todos los convenios colectivos que contemplan esta figura, ya que es elemento necesario sobre el que se fundamenta la calificación de la infracción y la sanción correspondiente.

La práctica habitual es recoger generalmente con gran fidelidad la definición contenida en las disposiciones comunitarias³⁴ o en las normas laborales en vigor como la establecida en el art. 4.2 del ET³⁵ o tomando ya ejemplo de nueva Ley de Igualdad³⁶, pese a lo que se sigue exigiendo el carácter indeseado de la conducta ofensiva; aunque es posible que introduzca nuevas variables³⁷ —incluso con un listado a modo de ejemplo de las dife-

³³ *Ibidem*, pág. 21

³⁴ CC Supermercados y autoservicios (Barcelona, DOGC 9 octubre, 1997): «Todas las personas tienen derecho al respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad. Se considerará acoso sexual en el trabajo un comportamiento verbal o físico de carácter o connotación sexual cuando se produzca en el ámbito de las relaciones laborales y la persona que lo produce sabe o debe saber que este comportamiento no es deseado por la persona que es objeto de dicho acoso. Con esta conducta se crea al perjudicado un entorno laboral intimidatorio y hostil. Se debe conseguir un entorno laboral libre de comportamiento indeseado de carácter o connotación sexual.

³⁵ CC nacional de Agencias de viaje (BOE, 5 de mayo de 2005): «La falta al respeto de la intimidad y a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendidas las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual».

³⁶ CC de la Empresa Nacional Mercados Centrales de Abastecimiento (BOE de 19 de marzo de 2007): «se entenderá por acoso sexual cualquier conducta, proposición o requerimiento de naturaleza sexual que tenga lugar en el ámbito de organización y dirección de la empresa, respecto de las que el sujeto activo sepa que sus actos, gestos o palabras resultan indeseadas, ofensivas y no toleradas por la persona que las padece»

³⁷ CC de Empresas de Publicidad (BOE, 2 diciembre, 1998): «Se considerará acoso sexual, todo tipo de agresiones verbales y/o físicas sufridas por cualquier trabajador o trabajadora, sin tener en cuenta su cargo o puesto de trabajo en la empresa, dentro de los mismos o en el cumplimiento de algún servicio, cuando tales agresiones provengan del propio empresario, de cualquier persona en quien este delegue o del trabajador o trabajadora que siendo o no ajeno a la empresa, se encuentre realizando cualquier tipo de servicio en la misma y que, con clara intencionalidad de carácter sexual, agrede la dignidad e intimidad de la persona, considerándose constitutivas, aquellas insinuaciones o actitudes que asocien la mejora de las condiciones de trabajo o la estabilidad en el empleo para cualquier trabajador o trabajadora, con la aprobación o denegación de favores de tipo sexual, cualquier comportamiento que tenga como

rentes conductas prohibidas³⁸—, que igualmente se mejoran en los últimos convenios colectivos³⁹ o bien que amplíen la protección a personas que no sean trabajadores de la empresa⁴⁰, o que sean familiares del empresario⁴¹, o contemplando las causas mediatas que lo generan⁴².

causa o como objetivo la discriminación, el abuso, la vejación, la humillación, todos ellos por razón de sexo y las agresiones sexuales de cualquier índole y que sean demostradas por el trabajador o la trabajadora.

³⁸ El CC de Limpieza de Edificios y Locales Sevilla (BOP 24 septiembre 1999) contiene una definición muy amplia «Las empresas y los trabajadores/as, se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad del conjunto de personas que trabajan en nuestro ámbito. Quedan expresamente prohibidas todas las conductas de naturaleza sexual desarrolladas en el ámbito de organización y dirección de una empresa o como consecuencia de una relación de trabajo, realizada por un sujeto que sabe que es ofensiva y no deseada por la víctima, determinando una situación que afecta al empleo o a las condiciones de trabajo y/o creando un entorno laboral ofensivo, hostil y humillante. Se consideran constitutivas de acosos sexual las siguientes conductas a título ejemplificativo: a) Observaciones sugerentes, chistes o comentarios sobre la apariencia o condición sexual del trabajador o trabajadora; peticiones de favores sexuales, incluyéndose todas aquellas insinuaciones o actitudes que asocien la mejora de las condiciones de trabajo o la estabilidad en el empleo del trabajador o trabajadora, a la aprobación o denegación de dichos favores; exhibición o uso de pornografía en el centro de trabajo; cualquier otro comportamiento que tenga como causa o como objetivo la discriminación, el abuso, la vejación o la humillación del trabajador por razón de sexo; toda agresión sexual» «Así se pueden identificar unos comportamientos concretos que a título de ejemplo, constituyen acoso sexual: insinuaciones y comentarios molestos, humillantes de contenido sexual. Comentarios obscenos, proposiciones de carácter sexual, directas o indirectas. Cartas o notas con contenido sexual, que propongan, insten o presionen a mantener relaciones sexuales. Insistencia en comentarios despectivos u ofensivos sobre la apariencia o condición sexual del trabajador o la trabajadora. Tocamientos, gestos obscenos, roces innecesarios. Toda agresión sexual» CC del Grupo Champion (BOE 9 junio, 2006).

³⁹ Del que es ejemplo el I Convenio Colectivo Laboral de los Servicios Generales de Tierra de la empresa «SPANAIR, S.A.» (BOE 11 de enero, 2007): en donde se define el acoso sexual como «toda conducta consistente en palabras, gestos, actitudes o actos concretos, desarrolladas en el ámbito laboral, que se dirija a otra persona con la intención de conseguir una respuesta de naturaleza sexual no deseada por la víctima. El carácter laboral se presume al producirse en el ámbito de la organización de la empresa, así como cuando la conducta se pone en relación con las condiciones de empleo, formación o promoción en el trabajo. La acción ejercida por el acosador ha de ser indeseada y rechazada por quien la sufre. Ha de haber ausencia de reciprocidad por parte de quien recibe la acción. No es necesario que las acciones de acoso sexual se desarrollen durante un periodo prolongado de tiempo, una sola acción, por su gravedad, puede ser constitutiva de acoso sexual. Pueden identificarse unos comportamientos concretos que a modo de ejemplo, constituyen acoso sexual. Así: Insinuaciones y comentarios molestos, humillantes de contenido sexual; comentarios obscenos, proposiciones de carácter sexual, directas o indirectas; cartas o notas con contenido sexual que propongan, inciten o presionen a mantener relaciones sexuales; tocamientos, gestos obscenos, roces innecesarios; toda agresión sexual».

⁴⁰ CC de ámbito Estatal de las Administraciones de Loterías (BOE, 27, julio, 2004): «El acoso moral o sexual efectuados a compañeros de trabajo o a cualquier persona relaciona-

En otros casos el convenio colectivo puede contener una limitación excesiva de la figura, ya sea porque solamente se contemple el acoso como el producido por una situación de superioridad jerárquica —«(Solo) nos hallamos antes situaciones de acoso cuando la conducta se lleve a cabo prevaleciendo de la posición de superioridad o cuando se ejerce sobre personas especialmente vulnerables ya sea por su situación personal ya sea por su situación laboral»⁴³; ya sea porque se considere que sólo puede darse durante la jornada de trabajo— «agresiones y ofensas de naturaleza sexual al personal durante el servicio»⁴⁴—. En tal caso, como en los ejemplos aquí transcritos, debe recordarse la doctrina del Tribunal Supremo que en sentencia de 10 de febrero de 1987 señaló que «las normas convencionales no pueden contradecir o desvirtuar los tipos legales previstos en el art. 54 ET».

3. GARANTÍAS LEGALES Y PROCEDIMIENTOS Y GARANTÍAS EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS

3.1. Marco normativo

Como se acaba de señalar, funcionan en este ámbito las garantías legales de protección previstas para el acto discriminatorio reforzadas en el Título I de la LO 3/2007, lo que supone la declaración de nulidad de cualquier decisión, acto o consecuencia que pueda adoptarse por la empresa como efecto del rechazo de la trabajadora a una conducta de esta naturaleza, el establecimiento de medidas reparadoras —que deberán ser reales, efectivas y proporcionadas— y la inversión de la carga de la prueba en todos los procesos en los que se invoque discriminación por razón de sexo, excepto los penales. Y una excepción más dentro de las reglas que intensifican el prin-

da con el centro de trabajo. Se entenderá por acoso sexual toda conducta no deseada que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad del trabajador o la trabajadora y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo».

⁴¹ CC Estatal para artes graficas, manipulaos de papel y cartón, editoriales e industrias auxiliares (BOE, 19 enero, 2000): «Las ofensas verbales o físicas, incluidas las de naturaleza sexual, al empresario o a las personas que trabajen en la empresa o a los familiares que convivan con ellos».

⁴² CC del campo de Albacete: «El acoso sexual es una conducta basada en comportamientos culturales y educativos basados en el sexo que afecta a la dignidad de las mujeres y los hombres en el trabajo. Dicho comportamiento engloba conductas verbales o físicas ofensivas para la víctima y no deseada por ella».

⁴³ CC de Arteixo Telecom., y CC para la Industria Siderometalúrgica de Coruña.

⁴⁴ CC Empresas de Contratas ferroviarias (BOE 21 julio, 1999).



cipio de tutela judicial efectiva, solamente en los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, no rige la ampliación de capacidad y legitimación prevista para la defensa del derecho a la no discriminación en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos, siendo en este caso la persona acosada la única legitimada en los litigios sobre tales actos discriminatorios.

3.2. Las garantías pactadas en la negociación colectiva

La negociación colectiva española está comenzando a ser importante en esta materia, tanto por el ámbito del convenio colectivo en donde se recogen —convenios colectivos sectoriales de ámbito nacional—, como por el tratamiento que realiza, ampliando su objeto, más allá del régimen disciplinario tradicional, al incluir procedimientos de denuncia y medidas preventivas. Si bien se trata de reglas esencialmente escasas y por ello, aún, únicamente testimoniales, aunque tras la entrada en vigor de la LO 3/2007, las medidas en este sentido se irán incorporando⁴⁵, y sobre todo las de carácter preventivo como se indicara en el siguiente apartado.

3.2.1. Reglas respecto al procedimiento

La Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (92/131/CEE) y especialmente el Código de Conducta europeo han ejercido una influencia notable en la negociación colectiva en todo lo referente al procedimiento a seguir, al tratamiento del tema en el seno de la empresa, a la función de los representantes de los trabajadores y también, y especialmente, en las medidas preventivas a adoptar en los lugares de trabajo.

Siguiendo el Código de Conducta, en donde se recomienda que se intente la resolución de los problemas de modo informal, encontramos con-

⁴⁵ Por ejemplo, I Convenio Colectivo Laboral de los Servicios Generales de Tierra de la empresa «SPANAIR, S.A.» (BOE 11 de enero, 2007), aprobado un mes antes de la Ley de Igualdad establece el siguiente procedimiento de actuación contra el acoso: «en el plazo de un año se establecerá por la comisión paritaria un procedimiento específico de actuación bajo los principios de rapidez y confidencialidad, garantizando y protegiendo la intimidad y la dignidad de las personas objeto de acoso. Asimismo se garantizarán y respetarán los derechos de las personas implicadas en el procedimiento. Se creará una subcomisión instructora de tratamiento de situaciones de acoso como órgano encargado de la tramitación del proceso, que será encargada de la evaluación y revisión del procedimiento de acoso.

venios colectivos donde se dice: «el procedimiento interno e informal se iniciará con la denuncia del acoso sexual ante una persona de la dirección de la empresa. La denuncia dará lugar a la inmediata apertura de expediente informativo por parte de la empresa, especialmente encaminado a averiguar los hechos e impedir la continuidad del acoso denunciado, para lo que se articularan las medidas oportunas al efecto, quedando la empresa exonerada de la posible responsabilidad por vulneración de derechos fundamentales»⁴⁶. Siguiendo la recomendación de la disposición comunitaria sobre la necesidad del trabajador de explicar claramente a la persona que ejerce el comportamiento indeseado que dicha conducta no es bien recibida, que es ofensiva o que le es incomoda y que interfiere en su trabajo, o de que recurra a otro trabajador, «o amigo o asesor confidencial y pedirle que sea éste quien dé los primeros pasos», también en convenio colectivo aparecen reglas en donde «las quejas sobre este tipo de comportamiento podrán canalizarse a través de los representantes legales de los trabajadores»⁴⁷; finalmente, y de acuerdo una vez más con las recomendaciones comunitarias referidas al procedimiento a seguir en el caso en que, tras lo anterior, el comportamiento ofensivo no cesa, o bien porque el trabajador considere que a través de estas vías no se va a resolver el problema de forma adecuada, se seguirá el procedimiento formal de presentación de una denuncia. Algo que también se recoge en la negociación colectiva: «la denuncia podrá presentarse por escrito a través de sus representantes o directamente a la Dirección de la empresa. Recibido el escrito, la dirección abrirá el oportuno expediente en el plazo de cinco días y decidirá lo que proceda en el plazo de diez días. En caso contrario, los representantes de los trabajadores o el interesado podrán formular las oportunas denuncias ante la autoridad laboral»⁴⁸. Tras la denuncia comienza el procedimiento que podrá efectuarse previa notificación a los representantes de los trabajadores: «...Será preceptiva la notificación a la empresa a través de los representantes de los trabajadores. Recibida la denuncia, la dirección de la empresa instruirá el correspondiente expediente y adoptará en el plazo más breve posible, la resolución pertinente»⁴⁹, «Las quejas sobre este tipo de comportamientos podrán canalizarse a través de los representantes de los trabajadores, siguiendo el procedimiento sancionador previsto»⁵⁰. O de la comisión paritaria: «cualquier situación que se inscriba en tal definición podrá ser objeto de denuncia por parte de la

⁴⁶ CC de Banca (BOE de 2 agosto, 2005).

⁴⁷ CC Hostelería de Almería (BOP 1 febrero, 2001).

⁴⁸ CC Estatal para Empresas organizadoras del juego del Bingo (BOE 20, nov. 1999).

⁴⁹ CC de Agencias de Viajes (BOE 14, agosto, 2000).

⁵⁰ CC de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores (BOE 9, marzo, 2006).

persona acosada y/o los representantes de los trabajadores, poniéndolo asimismo en conocimiento de la empresa y de la comisión paritaria»⁵¹.

El procedimiento generalmente implica la apertura de un expediente contradictorio previo: «La apertura del expediente contradictorio se producirá a partir de la denuncia presentada»⁵². O de un expediente informativo: «La denuncia dará lugar a la inmediata apertura de expediente informativo por parte de la empresa, especialmente encaminado a averiguar los hechos e impedir la continuidad del acoso denunciado, para lo que se articularan las medidas oportunas al efecto, quedando la empresa exonerada de la posible responsabilidad por vulneración de derechos fundamentales»⁵³.

Por su naturaleza el acoso sexual puede dificultar la utilización de los canales normales de presentación de denuncias por vergüenza, miedo a no ser tenido en cuenta, a dañar la propia reputación, temor a las represalias o a enrarecer el ambiente de trabajo. Por eso en el Código de Conducta comunitario se aconseja establecer procedimientos alternativos y flexibles en función de las circunstancias: «La evaluación de los riesgos de actos de este tipo, así como la denuncia de estos casos, se llevará a cabo mediante la información a los Delegados de personal, la afectada y la propia empresa. Si una de las partes se negara a dicha denuncia, será considerada cómplice de tales actos. Todo ello se llevará a cabo con el mayor sigilo a fin de respetar la intimidad y dignidad de las personas»⁵⁴.

El procedimiento debe resolverse con prontitud y con respeto a la dignidad e intimidad de las personas, para lo que se recomienda la garantía de una estricta confidencialidad: «En cualquier caso tales situaciones serán tratadas con la máxima discreción, debiendo guardar durante este proceso todos los actuantes una absoluta confidencialidad y reserva por afectar directamente a la intimidad y honorabilidad de las personas»⁵⁵. Todo este sistema de garantías puede concentrarse en el establecimiento de un protocolo de actuación: «a) apertura de expediente informativo, b) información a los representantes de los trabajadores; c) proceso con tramite de audiencia en un plazo máximo de 10 días y salvaguardando los derechos de confidencialidad e intimidad, d) se considera falta muy grave»⁵⁶. Un tratamiento muy completo y actual del procedimiento de actuación se encuentra en el CC Moderropa, S.A. (BOE 15 de junio 2007), con el establecimiento de fases, plazos, garantías, vías de denuncia y de apoyo a las víctimas.

⁵¹ CC Nacional del Sector de Regulación de Estacionamiento Limitado de Vehículos en la Vía Pública (BOE de 4 de nov. 2004).

⁵² CC Estatal de Perfumerías y Afines (BOE 21 sep. 2004).

⁵³ CC de Decathlon España, S.A. (BOE 6, junio, 2006).

⁵⁴ CC de Limpieza de Edificios y Locales Cádiz (BOP 20, julio, 1998).

⁵⁵ CC Confección (BOE, 16 octubre, 1996).

⁵⁶ CC Siderometalúrgica, Girona (DOGC, 5 octubre, 2005).

3.2.2. *Medidas cautelares y garantía de indemnidad*

Pueden establecerse durante la tramitación del procedimiento de denuncia una serie de medidas cautelares dirigidas principalmente a alejar a los sujetos implicados: «Cuando se acepte una denuncia y se considere que es necesario transferir o trasladar a una de las partes, deberá permitirse, cuando ello sea posible, que la persona que haya presentado la denuncia decida si desea permanecer en su puesto o ser trasladada. Y además, cuando esto suceda, el empresario deberá supervisar la situación para asegurarse de que el acoso ha cesado»⁵⁷. Durante la tramitación de tal expediente se podrá acordar la suspensión de empleo, no de sueldo, del trabajador que resulte imputado: «La empresa cuando sea necesario para un mejor conocimiento del verdadero alcance y naturaleza de los hechos, podrá decretar cautelarmente la suspensión de empleo del trabajador afectado por un plazo máximo de dos meses, estando este a disposición de la empresa durante el periodo de suspensión»⁵⁸. Y en numerosos convenios colectivos, incluso de fechas muy lejanas a nuestra actual Ley de Igualdad, se garantiza la indemnidad: «No deberá sancionarse en ningún modo a la persona que haya presentado una denuncia que haya sido aceptada, protegiéndose la continuidad en el puesto de trabajo de la persona objeto del mismo»⁵⁹.

3.2.3. *El establecimiento de la sanción*

Pueden establecerse garantías específicas en el régimen disciplinario por estas causas: «Los expedientes disciplinarios que tengan por objeto...

⁵⁷ CC de Limpieza, (BORM, 6 de noviembre, 2001).

⁵⁸ CC de Banca (BOE de 2 agosto, 2005).

⁵⁹ CC Estatal para la Industria Química (BOE 11 junio, 1999). Y también: «En caso de denuncia deberá garantizarse que la persona acosada no pierda su empleo. Esta denuncia podrá dirigirse a la empresa o a la representación sindical» CC Estatal para las Industrias del Cuero, Correas, Cueros Industriales y Curtición de Piel para Peleterías (BOE de 20 dic. 2004). «Garantizándose el máximo de discreción y la ausencia de represalias sobre la persona denunciante», CC de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE 4, abril, 2006). «En el supuesto de acoso sexual se protegerá la continuidad en su puesto de trabajo de la persona objeto del mismo» CC Estatal de Farmacias para los años 2003-2006 (BOE 5, julio, 2004) y en igual sentido CC Estatal de las Industrias Químicas (BOE 6, agosto, 2004). «En el caso de que se probara que se ejerciera cualquier represalia contra la persona denunciante del acoso sexual, se considerará un agravante para la determinación de la sanción a imponer, o en su caso, a la imposición de una nueva sanción en consonancia con dicha conducta» CC Estatal de las Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares (BOE 13, julio, 2004). Y últimamente el CC Moderropa, S.A. (BOE 15 de junio 2007).

deberán tratarse necesariamente con la participación de la Coordinadora Sindical estatal, garantizándose el máximo de discreción»⁶⁰.

Exige de comunicación por escrito y audiencia previa: «La sanción de las faltas requerirá comunicación por escrito al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivaron; en todo caso, en supuesto de falta grave será oído el trabajador, y en supuesto de falta muy grave se tramitará expediente contradictorio»⁶¹.

Respecto a la calificación del acoso sexual, se suele considerar como falta muy grave: «Son faltas muy graves el acoso sexual y las agresiones sexuales verbales o físicas, dirigidas contra la dignidad e intimidad de las personas»⁶²; o bien como falta muy grave si concurre el agravante de superior jerárquico: «En el supuesto de que las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual sean ejercidas desde posiciones de superioridad jerárquica o sobre personas con contrato no indefinido, se consideraran además de cómo falta muy grave, como abuso de autoridad sancionable con la inhabilitación para el ejercicio de funciones de mando, cargo de responsabilidad o con el despido... Quedando reservado el derecho de la persona afectada a acudir a la vía de la protección penal»⁶³. O persona subordinada: «Considerándose de especial gravedad los dirigidos a personas subordinadas con abuso de posición privilegiada» CC de Empresas de Publicidad (BOE 2 de diciembre de 1998)⁶⁴. O incluso en todo caso considerando que «cualquier comporta-

⁶⁰ CC de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE 4, abril, 2006).

⁶¹ CC Interprovincial de Industrias Metalgráficas y de fabricación de envases metálicos (BOE 18, agosto, 2005).

⁶² CC General del Sector de Servicios de la Asistencia en Tierra en Aeropuertos (BOE 28, junio, 2005). Y también: CC Siderometalúrgica Málaga, (BOP 15, XI 00) califica el acoso sexual como falta muy grave; CC nacional para Aparcamientos y Garajes (BOE 8 de febrero, 2006): Se considera falta muy grave «las ofensas verbales, las agresiones y el acoso sexual» «Se considerará falta muy grave, cualquier forma de acoso sexual» CC General del Sector de Comercio al por mayor e importadores de productos químicos industriales y perfumerías (BOE 22 julio, 2005). Será falta muy grave la falta grave de respeto y consideración a sus jefes o a sus familiares así como a sus compañeros y subordinados, incluyendo expresamente en este apartado el acoso sexual» CC de Grupo Unión Radio, (BOE de 31, mayo, 2006). Muy recientemente, CC de Albatros Alcanzar, Servicios Industriales (BOE de 9 de febrero de 2007).

⁶³ CC de Empresas de Publicidad (BOE 2 de diciembre de 1998).

⁶⁴ CC de Empresas de Publicidad (BOE 2 de diciembre de 1998). Y también otros más: «Será considerada falta muy grave cualquier conducta, en el ámbito del trabajo, que atente gravemente al respeto de la dignidad e intimidad mediante ofensa verbal o física con desprecio al sexo. Si esta conducta se lleva a cabo valiéndose de una posición superior dentro del ámbito laboral, esto supondrá un agravamiento» CC. de ámbito Estatal para el Sector del Comercio en General, 2000.

CC Hostelería La Coruña, (DOG, 20, IX 00): «...Falta muy grave. Si tal conducta o comportamiento se lleva a cabo prevaleciendo de una posición jerárquica, supondrá una circuns-

miento, verbal o físico, que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se cree un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo» CC de la Empresa Bridgestone Hispania S.A. (BOE de 15 de junio de 2007); o cuando se está ante «el acoso sexual definido en el art. 184 de la LO 10/1995, del Código penal», CC del Personal Laboral de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (BOE de 20 de marzo de 2007).

En otros convenios se admite la graduación de faltas —«Las conductas de acoso sexual, verbales o físicas o presiones psicológicas, realizadas en el centro de trabajo, que impliquen trato vejatorio para el/la trabajadora, serán conceptuadas como faltas leves, graves o muy graves de acuerdo con el procedimiento de graduación de faltas del art. () y se clasificarán atendiendo a su importancia, reincidencia e intención... En el supuesto de que se lleven a cabo tales acciones sirviéndose de su relación jerárquica con las personas con relación de trabajo de duración determinada, la falta se considerará como muy grave»⁶⁵.

4. MEDIDAS PREVENTIVAS EN LAS DISPOSICIONES COMUNITARIAS, NACIONALES Y EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

4.1. El marco normativo

La prevención es el medio idóneo para combatir prácticas que se basan en una concepción patriarcal de la sociedad y de sus valores. Producir el cambio social en el que se garantice la igualdad plena y real entre hombres

tancia agravante»; CC de Hospitales (BOP, 4, dic. 02) donde une la calificación de falta muy grave al hecho de que se produzca con «agresión o chantaje». Considerándose de especial gravedad los dirigidos a personas subordinadas «con abuso de posición privilegiada». CC de Hostelería, Ávila (BOP de 26 nov.02), considera falta muy grave el acoso sexual, suponiendo un agravante la posición jerárquica de quien lo lleve a cabo. CC Comercio de alimentación de La Coruña (BOP 19 dic. 02), tras declarar que cuando exista el mismo sirviéndose de una relación jerárquica, la sanción se aplicará en su grado máximo. «Si se realiza prevaleciendo de una posición jerárquica tal circunstancia será factor agravante» CC Estatal para la Fabricación de Conservas Vegetales (BOE 2, septiembre, 2005). «En este tipo de conductas se incluye la ejercida por superiores jerárquicos y compañeros, considerándose condición agravante cuando se realiza desde posiciones de mando o sobre personas con contrato temporal, sea de la modalidad que fuere» CC de la Entidad Pública Empresarial Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (BOE 18, abril, 2006).

⁶⁵ CC de Industrias del Vidrio, Cerámica y afines (BOE 31 julio, 1999). Y también: CC. de Panaderías (BOP, 18, noviembre 2003), se establece para ser declarado falta muy grave la existencia de determinadas condiciones como la de «abuso de cargo y la reincidencia de

y mujeres, y con ello el fin de actitudes de dominio y menosprecio que enturbian las relaciones de trabajo y afectan al empleo y a la salud de la mujer es el objetivo al que se tiende desde las disposiciones y políticas de acción comunitarias y también desde las legislaciones de los ordenamientos de los Estados miembros, conscientes, sin embargo, de que es un problema cultural y social de larga solución. En este sentido una serie de Programas europeos como el Programa Daphne⁶⁶ —cuyo fin es financiar y apoyar medidas preventivas destinadas a combatir y prevenir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres—, o los distintos Programas de Acción Comunitaria para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, en donde se han recogido acciones para la eliminación de cualquier discriminación por razón de sexo —expresamente en el III y IV Programa (1991-1995 y 1996-2000) contiene acciones específicas para el «Fomento de la dignidad de mujeres y hombres en el lugar de trabajo»—, u otros, como la Estrategia Marco Comunitaria sobre Igualdad entre Hombres y Mujeres (2001-2005), tienden a reforzar y financiar la prevención y lucha contra la violencia ejercida contra las mujeres.

En esta línea se inscribe la «Guía de Buenas Prácticas para paliar los efectos de la violencia contra las mujeres y conseguir su erradicación», adoptada durante la presidencia española de la Unión Europea (primer semestre 2002), y especialmente en el apartado dedicado a «Buenas Prácticas de sensibilización contra la violencia hacia las mujeres en el ámbito del trabajo, en los Estados miembros de la Unión Europea».

Igualmente, y en el marco de la seguridad y salud, se inscribe la Comunicación de la Comisión «Adaptar los cambios de trabajo y de la sociedad: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad 2002-2006»⁶⁷ en donde, ante los riesgos evidentes para la salud que los comportamientos de acoso generan, se anuncia la oportunidad de establecer un instrumento comunitario referente al acoso moral y a la violencia en el trabajo.

Y en cuanto a la función de la negociación colectiva en esta materia, ya en el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre hombre y mujer para el periodo 2003-06⁶⁸, se insistía en el convenio colectivo como vía idó-

tres faltas graves en el plazo de un año». En CC Telefónica Servicios Audiovisuales: «amonestación al trabajador, traslado forzoso a otra localidad», y en CC Hostelería (BOE, 2 de agosto, 1996): «Todo comportamiento o conducta en el ámbito laboral que atente al respeto a la intimidad y dignidad de la mujer o el hombre mediante ofensa física o verbal de carácter sexual. Si tal conducta o comportamiento se lleva a cabo prevaleciendo de una posición jerárquica, supondrá una circunstancia agravante de aquella».

⁶⁶ Aprobado por la Comisión Europea para dos convocatorias: periodos 1997-1999 y 2000-2003.

⁶⁷ COM (2002), 118 final

⁶⁸ BOE 5/03/2003.

nea para el tratamiento y prevención del acoso sexual en el trabajo, para lo que se recomendaba a los empresarios —responsables de garantizar la protección de la dignidad de los trabajadores en el lugar de trabajo y a los sindicatos —también responsables respecto a los trabajadores y afiliados—, que trasladasen a la negociación colectiva los medios adecuados a fin de lograr un lugar de trabajo libre de comportamientos indeseados.

Pese a todo ello, la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (92/131/CEE) y el Código de Conducta europeo sobre las medidas para combatir el acoso sexual continúan siendo el principal referente, tanto de las normas nacionales como de las normas pactadas en convenio colectivo. El primero en cuanto recomienda a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para fomentar la conciencia de que la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo resultan, de todo punto, inaceptables. El segundo, porque contiene un largo decálogo de medidas preventivas dirigidas a los empresarios, a las organizaciones sindicales y a los mismos trabajadores, fiel a la declaración enunciada en su Preámbulo de «cambiar el comportamiento y las actitudes y procurar garantizar la prevención del acoso sexual». Ya que, como señala más adelante «la experiencia indica que las estrategias para crear y mantener un entorno laboral en el que se respete la dignidad de los trabajadores tiene más posibilidades de ser eficaces cuando se acuerden conjuntamente».

Por su parte, la Directiva 2002/73/CE —y luego, la Directiva 2006/54/CE— hacen suyo el mandato a los Estados miembros de alentar a los empresarios y responsables de acceso a la formación a «adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo, y en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo». Lo que recoge nuestra actual e importante LO 3/2007 dentro del Capítulo III relativo a los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad. Así en el su artículo 48 se contemplan medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo. Medidas propias e independientes de las que puedan adoptarse en los planes de igualdad de las empresas —de acuerdo con el artículo 46 del mismo texto legal—, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

Igualmente se establecen medidas dirigidas a los representantes de los trabajadores, a los que se les encomienda la función de contribuir a prevenir el acoso sexual en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente a estas conductas, así como la obligación de informar a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

4.2. Las medidas de prevención en la negociación colectiva

Es importante que existan serias declaraciones de principios en donde se proclame formalmente el compromiso de terminar con esta grave cuestión. Declaración que puede realizarse en el ámbito de la empresa: «Las empresas y los representantes legales de los trabajadores se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad sexual del conjunto de personas que trabajan en este ámbito laboral, actuando frente a todo comportamiento o conducta de naturaleza sexual, de palabra o de acción, desarrollada en dicho ámbito y que sea ofensiva para el trabajador o trabajadora objeto de la misma»⁶⁹. O en ámbitos superiores: «Las organizaciones firmantes del presente convenio y las empresas afectadas por su ámbito funcional, garantizarán la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, así como... un ambiente laboral exento de acoso sexual»⁷⁰.

En la declaración se debe hacer constar que todos los trabajadores tienen derecho a ser tratados con dignidad y que no se permitirá ni se tolerará el acoso sexual en el trabajo, garantizando el derecho a los trabajadores a presentar las denuncias con total indemnidad: «Las empresas y los representantes legales de los trabajadores se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y la libertad sexual del conjunto de personas que trabajan en este ámbito laboral»⁷¹.

Así mismo tal declaración deberá contener un procedimiento de denuncia y también para recibir ayuda, incluyendo el compromiso de que las denuncias de acoso sexual se trataran con seriedad, prontitud y confidencialidad⁷² y que se protegerá a los trabajadores contra la persecución y las re-

⁶⁹ CC de Limpieza de Edificios y Locales Almería (BOP 7, agosto, 2001).

⁷⁰ (BOE de 17 de febrero de 2005). Y también otros más: «Las partes firmantes asumen el compromiso de velar porque exista dentro de las empresas un ambiente exento de acoso sexual o moral estableciendo y dando a conocer los procedimientos creado para prevenir, controlar y sancionar todo tipo de actuaciones que se produzcan relativos a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo» CC para las contratas ferroviarias (BOE de 6 de octubre de 2005). «Las empresas velarán por la consecución de un ambiente adecuado en el trabajo, libre de comportamientos indeseados de carácter sexual...» CC Interprovincial de empresas para el comercio de flores y plantas (BOE de 26 de octubre de 2005). «Las empresas y los representantes de los trabajadores se comprometen a crear y mantener un entorno laboral donde se respete la dignidad y libertad sexual del conjunto de personas que trabajan en este ámbito laboral» CC de ámbito nacional de distribuidores cinematográficos y sus trabajadores (BOE 28, marzo, 2006).

⁷¹ CC de Limpieza de Edificios y Locales Sevilla (BOP 24, septiembre, 1999). Y recientemente el CC Thyssenkrupp elevadores, S.L., Madrid y Valencia (BOE 12 diciembre 2006)

⁷² CC de Empresas de Publicidad (BOE, 2 diciembre, 1998): La empresa garantizará la prontitud y confidencialidad en la corrección de tales actitudes, considerándose el acoso sexual como falta muy grave, quedando reservado el derecho de la persona afectada acudir a la vía de la protección penal».

presalias de que sean objeto, especificando que se aplicaran las medidas disciplinarias adecuadas contra los trabajadores que sean culpables de acoso sexual: «El empresario tiene como deber el velar por la seguridad y la salud de los trabajadores en la empresa, debiendo poner los mecanismos necesarios para que estos no sufran ofensas verbales o físicas de naturaleza eminentemente sexual que agreden a la intimidad y dignidad de la persona. Corresponde a los delegados de personal ser informados de cualquier riesgo de este carácter a fin de prevenir los resultados»⁷³. Mientras que a la empresa le corresponde el velar «por la consecución de un ambiente adecuado en el trabajo, libre de comportamientos indeseados de carácter o connotación sexual (para lo que deberá) adoptar las medidas oportunas al efecto»⁷⁴.

Para ello, es importante la formación de las personas con responsabilidad en la gestión de los recursos humanos: «Tal formación tendrá por objeto la identificación de los factores de riesgo, sobre las medidas para realizar un eficaz control, y sobre las técnicas de ayuda a la persona víctima de una situación de acoso»⁷⁵, estableciéndose la evaluación de los riesgos psicosociales y la detección precoz de los casos de acoso a través de la vigilancia de la salud»⁷⁶. Finalmente, los últimos convenios colectivos celebrados hacen mención de los Planes de Igualdad de la empresa y de su contenido, como el CC del Comercio de las Islas Baleares (BO Illes Balears, 2006), o el CC de la Empresa Bridgestone Hispania S.A. (BOE de 15 de junio de 2007), en donde se señala en el primer caso con gran amplitud, que el plan de igualdad deberá contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo, la conciliación de la vida personal, laboral y familiar y la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo».

5. BREVE CONSIDERACIÓN DEL TRATAMIENTO DEL ACOSO SEXUAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En síntesis pueden señalarse tres etapas en la negociación colectiva respecto a esta materia: una primera, hasta los primeros años noventa, en donde apenas existían referencias al acoso sexual, y cuando se hacía era habitualmente en las reglas sancionadoras, calificando como grave o muy grave

⁷³ CC de Limpieza de Edificios y Locales Cádiz (BOP 20, julio, 1998).

⁷⁴ CC de Banca (BOE de 2 agosto, 2005).

⁷⁵ CC sectorial de empresas concesionarias de cable de Fibra Óptica (BOE de 23 de sep. 2004).

⁷⁶ En CC Moderropa, S.A. (BOE 15 de junio 2007). En conjunto un convenio colectivo muy activo en los temas de la igualdad entre mujeres y hombres.



tales comportamientos; una segunda etapa, hasta comienzos del dos mil, en donde comienza a ser ya un tema de cierta reiteración y donde se contienen reglas de procedimiento e incluso medios de prevención contenidos en prácticas de buenas costumbres, sin olvidar que lo esencial continúa siendo la calificación como falta sancionable, y, al hilo de ello, una definición que nada aportaba respecto a las disposiciones comunitarias; y, finalmente, la etapa actual, mucho más activa y numerosa en este sentido, en donde junto a la reiteración de las reglas legales —lo que nunca esta de más, por esa función informativa de derechos que también cumple el convenio colectivo— aparecen ya verdaderos códigos de buenas prácticas, guías que introducen acciones preventivas para ser tenidas en cuenta en la organización del trabajo y en las condiciones del mismo.

Una vez más, la negociación colectiva es reflejo de una evolución normativa concreta: desde el reconocimiento tímido de derechos a la promoción y salvaguarda de los mismos. Pero también, una vez más la negociación colectiva es motor de cambio, que tras contribuir a romper las inercias sociales, consigue que se trasladen a la norma legal las reglas pactadas.

No obstante subsisten dos cuestiones importantes e insuficientemente tratadas en la negociación colectiva. Una es el procedimiento para la denuncia, al tratarse de comportamientos en ocasiones difíciles de concretar y cuantificar porque se producen en el ámbito de las relaciones humanas más sutiles y de difícil aprehensión, con lo que se dificulta extraordinariamente el mecanismo de la prueba. Debe por tanto establecerse por esta vía procedimientos reales que garanticen la confidencialidad y la indemnidad de todos los trabajadores que intervengan en el procedimiento. La otra, es el establecimiento de medidas de prevención que garanticen sin fisuras un lugar de trabajo libre de tales conductas.

A ello contribuirá, sin duda, la puesta en vigor de nuestra reciente Ley Orgánica de Igualdad, si bien y por último, una pequeña reflexión dirigida a los sindicatos cuya responsabilidad en este tema, como en general en todo lo relacionado con la igualdad de trato y oportunidades de la mujer, es esencial.

Es necesario garantizar el acceso de la mujer a puestos de responsabilidad dentro de la estructura sindical, y no relegarla a funciones menores. Lo cual no depende tanto de la implantación de un criterio de proporcionalidad, o composición equilibrada —algo que por cierto y, sorprendentemente, no se tiene en cuenta en la LO 3/2007 respecto a los sindicatos— como en el de propiciar un cambio del modelo organizativo en el que las mujeres formen parte de todo proyecto, de toda responsabilidad. Y no en nombre de las reglas de democracia participativa, sino para unir nuevos valores originales e insustituibles que sólo la mujer puede aportar, en beneficio de la acción sindical.





LA PROTECCIÓN JUDICIAL FRENTE A LAS DISTINTAS MODALIDADES DE ACOSO EN EL TRABAJO

DANIEL BARTOMEUS PLANA

*Magistrado en la Sala de lo Social
del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya*

Profesor asociado de Derecho del Trabajo

Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

EXTRACTO

Se parte en este trabajo de un esquema triangular cuyos vértices van a ser el agresor como sujeto activo del *mobbing*, la empresa como garante de la seguridad y salud de los trabajadores y la víctima del acoso. A partir de este sencillo esquema, se abordan algunas cuestiones procesales empezando por las acciones de impugnación de la sanción impuesta por el empresario al trabajador agresor y se critica cual es el papel de la víctima en este tipo de procesos, en los que no es parte y su papel se limita, a lo sumo, al de un simple testigo.

Siguiendo en el ámbito de las cuestiones procesales se analiza la acción extintiva del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, para cuya tramitación no existe modalidad procesal específica. Se ponen en evidencia los problemas del carácter constitutivo de la sentencia extintiva y la forma en que la jurisprudencia ha intentado superar esos problemas. El trabajo contiene una crítica al propio artículo 50, cuyo apartado c) es un verdadero cajón de sastre, así como contiene una referencia crítica al sistema de indemnizaciones tasadas.

Se analizan también, para el supuesto del llamado *bossing* en que el propio empresario es el agresor, los supuestos de impugnación de decisiones empresariales y en especial la impugnación de los despidos. Se aborda el problema de las cargas probatorias, el supuesto de despidos que serían procedentes si se analiza aisladamente la acción sancionada pero que devienen nulos si se analizan en el marco del acoso y la cuestión de la readmisión forzosa en los despidos nulos, proponiendo que en los casos de acoso el Juez debería superar ese escollo por la vía de la readmisión imposible.

El análisis de las acciones de tutela por vulneración de derechos fundamentales, se aborda exponiendo el juego de la reforma del artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de acompañamiento 62/2003 y la transposición de las Directivas comunitarias 2000/43, 2000/73 y 2000/78, para llegar a la conclusión de la validez de la acción ultra contractual no transpuesta, analizar los detalles de la cuádruple tutela en materia de derechos fundamentales y volver a la relación triangular expuesta al principio del trabajo, para evidenciar que en este tipo de procesos suele prescindirse o bien de la víctima o bien del agresor, a quienes se sitúa quizá en indefensión.

En materia de responsabilidad civil, se aborda el nunca resuelto tema de la competencia y se analizan los criterios de valoración del daño para fijar la indemnización.

ÍNDICE

1. EL PUNTO DE PARTIDA
2. EL TRABAJADOR AGRESOR Y LA OBLIGACIÓN DE PREVENCIÓN DE LA EMPRESA
3. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA SANCIÓN EMPRESARIAL
4. EL INTERÉS LEGÍTIMO
5. EL INTERÉS DIRECTO
6. EL TRABAJADOR-VÍCTIMA. ACCIÓN PRIMARIA CONTRA LA EMPRESA. EL ARTÍCULO 50 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
7. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA SENTENCIA EXTINTIVA Y LA AUTOTUTELA
8. INDEMNIZACIÓN TASADA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL
9. CUANDO ES LA PROPIA EMPRESA LA QUE ACCORRALA AL TRABAJADOR IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES EMPRESARIALES EN EL MARCO DEL *BOSSIN*
10. DESPIDO PROCEDENTE PERO NULO Y DESPIDO IMPROCEDENTE Y ADEMÁS NULO
11. ¿READMISIÓN?
12. LA ACCIÓN DE TUTELA POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES
13. LA ACCIÓN ULTRA CONTRACTUAL NO TRASPUESTA
14. A VUELTAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA
15. CUÁDRUPLE TUTELA
16. ¿HEMOS OLVIDADO AL AGRESOR?
17. RESPONSABILIDAD CIVIL
18. VALORACIÓN DEL DAÑO
19. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con este breve trabajo pretendo poner en evidencia algunas deficiencias de las vías procesales para el amparo de las partes implicadas en procesos judiciales relacionados con el acoso, sexual o moral, en el trabajo, en especial pretendo evidenciar el desamparo de las víctimas en algunos casos y la indefensión de los imputados como agresores en otros.

1. EL PUNTO DE PARTIDA

Para comprender lo que quiero expresar, hay que partir de una evidencia: las partes implicadas en cualquier supuesto de acoso sexual o moral en el trabajo son precisamente tres: el acosador, la empresa y la víctima del acoso. Con demasiada frecuencia esta obviedad se olvida, se presume que los intereses de algunos de los implicados son coincidentes o, en fin, se cree que alguno de ellos no tiene interés en el pleito; el resultado es que con frecuencia las normas procesales dificultan la presencia de los tres sujetos del conflicto en el mecanismo judicial de solución del propio conflicto.

Por otra parte, es importante tener presente que entre la empresa y la víctima hay una relación contractual, como la hay también entre la empresa y el acosador, pero esa relación no existe entre acosador y acosado. Como veremos la existencia o no de vínculos contractuales entre las partes marca muy significativamente las respectivas posiciones en el proceso.



Es cierto que en algunos casos existe confusión entre algunas de las partes, por ejemplo en el *bossing* cuando el acosador es el propio empresario, y también en algunos casos las partes pueden ser plurales como en el maltrato psicológico colectivo llamado *bulling*, pero esas particularidades no deben influir en el esquema de partida y no tienen una incidencia significativa en el desarrollo de la idea que intento exponer.

2. EL TRABAJADOR AGRESOR Y LA OBLIGACIÓN DE PREVENCIÓN DE LA EMPRESA

En un esquema de relaciones laborales adecuado a las normas y al cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes, la empresa debe orientar su actuación en materia de relaciones laborales al esquema de derechos establecidos en el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores¹ y, en concreto, por lo que aquí conviene, debe trabajar para excluir la discriminación entre trabajadores, respetar y velar por que se respete la dignidad de éstos y garantizar su seguridad.

La actuación empresarial en estos ámbitos se despliega a través de políticas empresariales activas, pues no se concibe el cumplimiento de estas obligaciones sólo a través de actuaciones aisladas, menos aún se concibe el cumplimiento de esas obligaciones a través de la pasividad o la inhibición, no podemos hoy ya aceptar el argumento de que se reserva la acción para cuando se produzca el conflicto.

Así pues, la empresa debe articular una política empresarial activa a los efectos de garantizar la seguridad de sus trabajadores, preservar su intimidad y su dignidad y evitar la discriminación de determinados trabajadores pertenecientes a grupos susceptibles de segregación, todo ello orientado en especial a proscribir las distintas modalidades de acoso, pues el acoso es instrumento de discriminación (en especial de la mujer pero también de otros colectivos sensibles), ataque a la dignidad de los trabajadores y con frecuencia produce lesiones graves a su integridad psíquica.

Instrumento potentísimo para articular esa política empresarial, es la Ley de Prevención de Riesgos Laborales², que establece la forma y estructura de cumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de salud y seguridad laboral. La empresa tiene la obligación de planificar la preven-

¹ Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto 1/1995 de 24 de marzo. En adelante ET.

² Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En adelante LPRL.

ción a partir de una adecuada evaluación de los riesgos y tomar las medidas de la acción preventiva correspondientes³.

Todas estas actuaciones preventivas se refieren no solo a los riesgos más evidentes de accidente o enfermedad causados por agentes físicos, sino a cualquier riesgo laboral en el sentido del artículo 4.2.º de la LPRL, esto es, a la posibilidad de que un trabajador o una trabajadora sufra un determinado daño derivado del trabajo, lo que incluye también los posibles daños, generalmente psíquicos, causados por acoso laboral (moral o sexual). En éste ámbito el empresario debe integrar, en el conjunto de actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos, la prevención, incluida la actuación sobre la organización del trabajo y la ordenación de las condiciones laborales.

Para el control de la efectividad de la acción preventiva en los términos expuestos, el empresario cuenta dentro del ejercicio regular de las facultades de dirección con la posibilidad de adoptar las medidas oportunas de vigilancia y control⁴, y eventualmente, ante el incumplimiento que haga el trabajador de las instrucciones generales u ordenes concretas que le imponga el empresario, puede éste adoptar medidas disciplinarias⁵.

Así pues, lo primero que debemos considerar es que, si la acción preventiva ha sido adecuadamente establecida y los controles han funcionado correctamente, la empresa habrá aplicado medidas disciplinarias al trabajador que haya infringido las normas de prevención orientadas a evitar el acoso en el trabajo. De esta forma se debería haber evitado el acoso. Pero si ello no ha funcionado correctamente, ante la situación concreta de acoso, la empresa debe tener mecanismos de control que detecten la situación y debe ejercer también su facultad disciplinaria para corregir al infractor-acosador. Naturalmente el trabajador acusado de acoso puede mostrarse disconforme con la imputación y con la sanción impuesta. Desde el punto de vista procesal, que es el que aquí interesa, en éste caso nos hallamos ante el primer tipo de pleitos que debemos abordar, esto es, la acción que ejerce un trabajador para impugnar el despido o la sanción que le ha sido impuesta por el empresario por infracción de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo y bajo la acusación de haber participado en el acoso moral o sexual a un compañero.

3. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA SANCIÓN EMPRESARIAL

La acción de impugnación de la sanción impuesta por el empresario al trabajador o del despido se halla regulada en los artículos 103 y siguientes

³ Artículo 16 LPRL.

⁴ Artículo 20 ET.

⁵ Despido y otras sanciones, artículos 54 y 58 ET.

de la Ley de Procedimiento Laboral⁶. Conviene decir ahora que nos hallamos ante la regulación de las llamadas «modalidades procesales» dentro de la LPL, que no son en realidad procedimientos específicos sino previsiones que regulan parcialmente la vía procesal en determinados supuestos, vía procesal que debe completarse con las normas específicas del procedimiento laboral ordinario⁷ y con las generales de la ley de Enjuiciamiento Civil⁸.

La regulación específica de las modalidades procesales de impugnación de despido y de sanción, no regulan completamente quiénes vayan a ser las partes en el proceso, aunque ciertamente establecen que la acción debe iniciarla el trabajador sancionado⁹ e implícitamente que debe dirigirse contra la empresa sancionadora. Aplicando éste sencillo esquema, suele admitirse acriticamente que éstas —empresa y trabajador— y no otras son las partes en el pleito.

El arraigo de este sencillo esquema lleva a la creencia general de que en los pleitos de impugnación de despido (o de sanción), no pueden ser partes otros que no sean el empresario y el trabajador sancionado¹⁰.

Que no pueda intervenir como parte un tercero que tenga interés legítimo no ha sido dicho ni por la ley ni por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero el arraigo de ésta idea se refleja bien en la secuencia de las sentencias de la Sala IV del Tribunal Supremo de 3.7.2001¹¹, de la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30.6.2003¹² y de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1.9.2004¹³.

En la s/TS 3.7.01, el Tribunal hace una explicación del motivo por el que considera que terceros trabajadores no despedidos no deben ser parte en el pleito¹⁴, pero, establecido que no hay motivo para llamar a terceros trabajadores al pleito, acaba rechazando la excepción de litisconsorcio pasi-

⁶ Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de siete de abril. En adelante LPL.

⁷ *Vid.* Artículo 102 LPL.

⁸ *Vid.* disposición adicional primera 1 de la LPL. La Ley de Enjuiciamiento Civil fue aprobada por la Ley 1/2000, de 7 de enero (En adelante LEC).

⁹ Artículos 103.1 y 114.1 LPL.

¹⁰ Entiéndase hecha la salvedad de intervención del Fondo de Garantía Salarial, intervención adhesiva de sindicatos, litisconsorcios en caso de sucesión empresarial, de empresas interpuestas, de grupos de empresas, etcétera. Casos que no tienen nada que ver con o que aquí tratamos.

¹¹ RJ 2001\779.

¹² AS 2004\2714.

¹³ AS 2004\2714.

¹⁴ En su fundamento de derecho tercero explica la sentencia: [...] La acción de despido tiene por objeto esclarecer si el cese del trabajador, dispuesto unilateralmente por la empresa [...] es procedente, improcedente o nulo, [...]. Y tales cuestiones sólo afectan de forma propia

vo necesario y por lo tanto no impide la presencia de otros trabajadores implicados, sino que declara que no existe obligación de llamarlos al juicio ¹⁵. Este razonamiento se emite en proceso que no tiene relación alguna con el acoso en el trabajo, pero es traspuesto a un proceso de *mobbing* en la s/TSJ Aragón 30.6.03 que cita la del Tribunal Supremo y declara también que no hay litisconsorcio necesario ¹⁶. Y finalmente esa sentencia de Aragón es citada por la de Madrid de 1.9.2004 en la que ya definitivamente se dice que el tercero no tiene legitimación pasiva en el pleito ¹⁷. Vemos así de que manera la idea de que un trabajador no sancionado no debe intervenir en el pleito de impugnación del despido arraiga hasta el punto de conducir a los propios tribunales a confusiones entre la situación necesaria de litisconsorcio y la legitimación para ser parte voluntaria en el pleito.

4. EL INTERÉS LEGÍTIMO

A mi modo de ver es innegable que quien ha sido víctima de un acoso sexual o de un acoso moral, tiene un evidente interés en el pleito que se siga por el despido del acosador y ello por dos motivos:

El primero es que el acoso está generalmente relacionado con la discriminación y por tanto comporta vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razones vinculadas a la segregación de determinados

y directa [al] empleador que despide y [al] empleado o empleados que son despedidos. No existe vinculación propia y directa de la acción de despido con aquellos otros trabajadores de la misma empresa que no han sido despedidos; pues en principio, la decisión judicial que la resuelva les es ajena, dado que sus disposiciones sólo alcanzan al empresario y al trabajador despedido. Esos otros terceros trabajadores no son, en forma alguna, titulares de la relación jurídica debatida en el pleito de despido, y por ello no son parte en tal proceso; no existiendo razón de ningún tipo para ser llamados al mismo [...].

¹⁵ Dice la sentencia que «[...] Queda claro,[que los] «terceros trabajadores», no son parte en el proceso de despido inicial, y que por ello no es obligado que sean llamados al mismo. Y [...] no existe litis consorcio pasivo necesario de ningún tipo [y] no se ha constituido defectuosamente en este proceso la relación jurídico procesal propia del mismo.

¹⁶ «[...] La trabajadora o profesional contratada a quien se imputan directamente las acciones que la actora considera constitutivas de acoso moral no es parte en este proceso, y no es obligado que sea llamada al mismo. No existe litisconsorcio pasivo necesario de ningún tipo con la empleada Luisa, y, en consecuencia, no se ha constituido defectuosamente la relación jurídico-procesal. Así lo dispone, en caso análogo de acción por despido, la sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2001, [...]».

¹⁷ «[...] D. Eusebio [...] carece de legitimación pasiva en un pleito en el que se impugna un despido acordado por la empresa. Y ello sin perjuicio de las acciones civiles o penales que la actora pueda entablar frente a él. [...] Así ha sido declarado por la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30.6.2003 [...]».



grupos sociales. Así lo establece el artículo 2.3 de las Directivas comunitarias 43/2000¹⁸ y 78/2000¹⁹ y por ello la víctima de la vulneración del derecho fundamental tiene derecho a que se declare que ha sufrido tal violación, lo que obliga a los tribunales a declarar si existe o no, declaración que se da en interés de la víctima y que hay que relacionar con lo establecido en el artículo 180 de la LPL.

El segundo es que, como se verá mas adelante, el proceso por despido es el primero que se va a pronunciar sobre la existencia del acoso, pero luego pueden sucederse acontecimientos que obliguen a la víctima a emprender acciones contra la empresa o contra el acosador, fundadas en la existencia de ese acoso y por ello la declaración que en éste primer pleito se fije va a condicionar los pleitos sucesivos por la vinculación a la cosa juzgada material —artículo 222.4 LEC— y la necesaria armonía entre las declaraciones de hechos de las sentencias antecedentes consecuentes.

El artículo 13 de la LEC establece que, mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quién acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, lo cual no tiene necesariamente relación con el instituto del litisconsorcio necesario sino que puede y debe relacionarse con la intervención voluntaria en el pleito de quien pueda verse afectado por el pronunciamiento que en el mismo se vaya a dictar, intervención que, según establece el apartado 2 del propio artículo 13, no suspende el curso del procedimiento y concede al interviniente las mismas facultades que a cualquier otro que sea parte en el pleito, desapareciendo así en la LEC la distinción, de origen jurisprudencial, entre intervención adhesiva litisconsorcial e intervención adhesiva simple y la limitación de las facultades del interviniente en éste último supuesto.

En efecto, dentro de la intervención voluntaria la doctrina venía distinguiendo dos tipos, la litisconsorcial y la simple. En la primera, el tercero es titular del derecho u obligación discutida en el proceso pero su participación en el mismo no es necesaria al existir una norma jurídica que excluye un litisconsorcio pasivo necesario como en el caso de los deudores solidarios. En la segunda, el tercero es titular de un derecho distinto al discutido que depende en su existencia o contenido del debatido, de forma que interviene defendiendo un derecho ajeno. Ésta distinción como decimos es hoy ya inútil puesto que el artículo 13 de la LEC no distingue y solo se refiere a un solo tipo de intervención de sujetos originariamente no demandantes.

¹⁸ Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29.6.2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

¹⁹ Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27.11.2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Como tuvo ocasión de explicar la Sala de los Social del TSJ de Las Palmas en sentencia de 30.11.2004²⁰ «[...] el artículo 13 confiere una facultad a los titulares de intereses legítimos que los habilita a constituirse como partes en el proceso, con objeto, precisamente, de defender en el seno del mismo tales intereses [...]» lo que significa, siguiendo la misma sentencia, que el reiterado artículo 13 permite la intervención en el proceso, como demandantes o demandados (esto es, ejerciendo pretensiones, oponiéndose a ellas o proponiendo excepciones), a quienes acrediten tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito.

Es obvio que no es lo mismo ser titular de la relación jurídica u objeto litigioso que, de acuerdo con el artículo 10 de la propia LEC, determina la consideración como parte legítima del proceso, que la mera titularidad de un interés directo y legítimo en el resultado del pleito, según la tradicional distinción, desarrollada esencialmente en el ámbito del Derecho Administrativo entre derechos subjetivos e intereses legítimos. Pero también es obvio que los que defienden intereses legítimos, aunque no acrediten derechos subjetivos en la relación jurídica ventilada en el pleito, tienen derecho, dentro del fundamental a obtener la tutela efectiva de los tribunales, a un pronunciamiento que no siendo de condena hacia ellos ni declarando la condena del adverso en su favor, se pronuncie sobre una acción ejercida legítimamente adhiriéndose u oponiéndose a la acción planteada por otro.

En todo caso, en la intervención litisconsorcial, el tercero defiende un derecho propio, mientras que en la Intervención adhesiva simple el tercero defiende un interés legítimo y propio, pero a través de un derecho ajeno.

La idea de interés legítimo excluye desde luego los intereses ilegítimos, perversos o contrarios al derecho o a la buena fe procesal, pero también excluye el interés simplemente especulativo, de curiosidad o ajeno a los ámbitos jurídicamente protegibles, en expresión de la Audiencia Provincial de Zaragoza²¹: «Interés legítimo significa que ha de ser jurídico, es decir, no es suficiente un interés moral o de mero hecho».

Es indudable a mi parecer que la víctima de acoso tiene interés legítimo en el pleito por despido o sanción del trabajador acosador, ya que como dije más arriba, en este pleito se dirá si ha existido o no vulneración de derechos fundamentales de la víctima por la acción del trabajador sancionado y se establecerán hechos que vincularán en posteriores acciones que pueda emprender la víctima

²⁰ AS 2004\3809.

²¹ Auto AP Zaragoza (sección 5.ª) 426/2002 de 4.7.2002 (JUR 2002\227132).



5. EL INTERÉS DIRECTO

Recordemos que el artículo 13 LEC exige para la intervención de sujetos originariamente no demandantes ni demandados en el pleito que éstos tengan un interés legítimo y directo en el resultado del pleito. Siguiendo la ya citada resolución de la AP de Zaragoza²², «En cuanto al «interés directo» no debe de confundirse con los efectos del procedimiento. Es decir, puede haber un interés directo en el resultado del procedimiento y, sin embargo, que la sentencia produzca sólo efecto reflejo respecto al tercero».

En el caso de la víctima del acoso que pretenda estar en el pleito por despido del acosador como interviniente adhesivo, es claro que defiende un derecho ajeno (el del ejercicio de la potestad disciplinaria de la empresa) porque un interés directo suyo (el de que se declare su condición de víctima del acoso) está en juego y de ahí que exista ese interés directo aunque los efectos del procedimiento (que se declare la procedencia de la sanción) les sean a la víctima formalmente ajenos.

Es claro que si se identificara interés en el pleito con efectos del pleito supondría eliminar de facto la figura del artículo 13 LEC y en definitiva eliminar la intervención adhesiva al confundirla con el litisconsorcio necesario que sí tiene relación con los efectos del pleito y que encuentra su adecuado tratamiento en el artículo 12.2 LEC.

En definitiva, el litisconsorcio necesario exige que la sentencia tenga efecto directo y la intervención adhesiva voluntaria se justifica por la existencia de un efecto reflejo.

Este mismo esquema se aplica al ámbito de la jurisdicción social. Así lo vemos en lo que tuvo ocasión de declarar el Tribunal Superior de Justicia de Burgos²³: «aunque no se contemple, expresamente —salvo supuestos especiales— la figura del «coadyuvante» en el procedimiento laboral, tampoco está cerrada la posibilidad de intervención de un tercero, con interés legítimo acreditado, en dicho procedimiento, vía Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando se fundamente adecuadamente la misma, dando oportunidad de manifestarse, al respecto, a las demás partes personadas. Así, el actual artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...] introduce, junto a la Intervención Litisconsorcial, la denominada por la doctrina Intervención Adhesiva Simple, que es aquella en que la pluralidad de partes se produce, no por afirmar la cotitularidad de la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales, sino en afirmar la titularidad de otra relación jurídica que es dependiente de la primera, de modo que la decisión que

²² *Vid.* nota anterior.

²³ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Castilla y León (Burgos) 28.10.2002 rec. 887/02 (AS 2002\2756).

en el proceso se adopte será hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación segunda». Es así como, según dije más arriba, la intervención adhesiva se relaciona con la llamada eficacia refleja de la cosa juzgada, la cual se basa en las interferencias entre la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales y la relación jurídica del tercero (víctima) con una de las partes (acosador).

Conviene, sin embargo, hacer una precisión. El interés del interviniente adhesivo debe ser, como se dijo, jurídico esto es, vinculado a una relación jurídica. Por ello, la doctrina²⁴ ha destacado que la exigencia de interés directo excluye la posibilidad de intervención en el pleito de quien tenga un simple interés moral, de forma que no puede entenderse legitimado quién alega simplemente que su reputación puede quedar afectada como consecuencia de lo que se resuelva en el asunto.

Por ello, y esa es probablemente la aportación de este trabajo, a mi entender la víctima de un acoso sexual o moral está legitimada para intervenir en el pleito que se siga sobre el despido o la sanción impuesta al acosador en tanto que debe reconocérsele el derecho a ser admitida en el pleito como coadyuvante en defensa del legítimo interés que tiene a que se declare, por una parte, que ha sufrido eventualmente una acción empresarial discriminatoria o que han sido vulnerados sus derechos fundamentales y, por otra, que ha sufrido eventualmente una agresión psíquica que dará lugar a las consecuencias propias de las lesiones incluida eventualmente la declaración de incapacidad causada por contingencias profesionales.

6. EL TRABAJADOR-VÍCTIMA. ACCIÓN PRIMARIA CONTRA LA EMPRESA. EL ARTÍCULO 50 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

El trabajador que es víctima de acoso, tiene desde luego muy dificultosas vías para luchar contra la perversa acción a que de modo continuado está sometido. Es por ello comprensible que en muchas ocasiones opte por la extinción contractual por la vía del artículo 50 del ET. La primera dificultad de este camino está precisamente en la redacción del propio artículo 50, el cual prevé tres supuestos que justifican la extinción indemnizada del contrato: las modificaciones substanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscabo de su dignidad, la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario y un tercer motivo que, a modo de cajón de sastre se define como «cualquier otro

²⁴ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva LEC*, Barcelona 2000. pág. 200 y ss.



incumplimiento grave de sus obligaciones empresariales por parte del empresario [...]». Es claro que el trabajador acosado, salvo que el acoso provenga del propio empresario y se manifieste a través de modificaciones de las condiciones de trabajo o retraso en el pago de salarios, se verá siempre abocado a accionar por la vía del apartado c) del artículo 50, bajo la argumentación de que el acoso se produce como consecuencia del incumplimiento grave del empresario, consistente en la trasgresión de las obligaciones preventivas a las que he hecho referencia en el apartado II de éste trabajo.

Otra dificultad es que esta vía no tiene modalidad procesal propia en la LPL, lo cual ha venido en causar una compleja construcción en relación a los procesos sobre vulneración de derechos fundamentales. En efecto, si en el proceso se introduce la vulneración de derechos fundamentales, de forma que se pide la extinción del contrato, por ejemplo por hallarse el trabajador sometido a un acoso segregacionista, la aplicación del artículo 182 de la LPL reenvía la acción de extinción contractual a la «modalidad procesal correspondiente»²⁵. Pero no existiendo ésta se queda el precepto hueco, debiéndose interpretar de acuerdo con la sentencia del Tribunal supremo de 12.6.2001²⁶ en el sentido de que debe mantenerse la exigencia de un procedimiento sumario y preferente²⁷, lo que quiere en definitiva decir que no puede remitirse al proceso ordinario.

7. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA SENTENCIA EXTINTIVA Y LA AUTOTUTELA

Pero por encima de las dificultades de simple técnica procesal, se halla una dificultad material de difícil vadeo que es la obligatoriedad de mantener la relación laboral durante el proceso. En efecto el artículo 50 del ET es un mecanismo previsto para la extinción del contrato de trabajo y exige que éste se halle vigente al momento de dictarse la resolución extintiva. Esto significa en pocas palabras que el trabajador sometido a *mobbing* debe soportar la situación de acoso durante el tiempo²⁸ de duración del proceso.

²⁵ Así lo declara la sentencia del TSJ de Catalunya de 15.7.2002 (AS 2002\2881) «[...] dado que este precepto remite a la modalidad procesal correspondiente no solo las demandas por despido sino también por las demás causas de extinción del contrato de trabajo, es por lo que [...] hay que estimar aplicable la doctrina transcrita a la extinción del contrato de trabajo del artículo 50 [...]».

²⁶ RJ 2001\5931).

²⁷ Art. 53.2 Constitución.

²⁸ Tiempo que en la realidad puede establecerse en promedio en dos o tres meses desde la fecha de presentación de a papeleta de conciliación hasta la fecha de notificación de la demanda en instancia. Aunque el artículo 179 LPL establece el plazo improrrogable de 5 días para señalamiento de juicio y de 3 días para dictar sentencia.

Como es evidente que no puede obligarse al trabajador a mantenerse en la situación de acoso durante el tiempo de duración del proceso, la única solución es la de hacer uso del *ius resistendae* y abandonar el puesto de trabajo en defensa de su propia integridad (sexual o psíquica) o de su dignidad. Pero ello es una maniobra ciertamente arriesgada ya que en estos casos el trabajador queda a merced de lo que suceda posteriormente en el juicio, de forma que si finalmente no pudo acreditarse que había *mobbing* o se constató que el acoso no era suficientemente grave para justificar el incumplimiento de la obligación de trabajar, el trabajador acabará perdiendo el contrato de trabajo sin indemnización alguna.

La posibilidad de ejercer el *ius resistendae* y cesar anticipadamente en el trabajo mientras se acciona la extinción contractual indemnizada, fue aceptada inicialmente por la conocida sentencia de 2002 del Tribunal Constitucional en la que se definió la autotutela inmediata de la cláusula de conciencia para un periodista de un periódico que cambió su orientación editorial²⁹. En esta sentencia se dijo que excluir la posibilidad de cese anticipado «[...] implica ya aceptar la vulneración del derecho fundamental, siquiera sea con carácter transitorio, durante el desarrollo del proceso» lo que resulta constitucionalmente inadmisibile [...], y se explica³⁰ que la jurisprudencia que limita el uso del *ius resistendae* a los casos de riesgo para la vida o la integridad física del trabajador parte de una supuesta menor repercusión de la vulneración de determinados derechos fundamentales respecto a otros, lo que es insostenible desde el punto de vista del mantenimiento de niveles mínimos de protección constitucional de los derechos fundamentales.

Esta doctrina constitucional ha hallado aplicación, por ejemplo, en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 10.2.2003³¹ referida a un caso de acoso moral, en la que se dijo que «[...] la cuestión relativa a la posibilidad de dimisión previa, con posterior reclamación judicial de la indemnización, no es sólo una cuestión procedimental o accesorio sino que afecta decisivamente al contenido del derecho [...]».

Así pues, la conclusión que ofrezco es que el carácter constitutivo de la sentencia extintiva del contrato por la vía del artículo 50 del ET, no impide el cese anticipado del trabajador en protección de la integridad de su derecho a no ser discriminado o de su derecho a la integridad física y moral, pero este ejercicio, al no estar regulado en las normas procesales o materiales, implica que el trabajador ha de asumir el riesgo de su propia decisión

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 9.12.2002. 225/2002.

³⁰ Fundamento de derecho 5.º de la sentencia.

³¹ AS 2003\2353.



que puede llevarle a la pérdida del trabajo sin indemnización si no se demuestra *a posteriori* la existencia del acoso y su gravedad.

8. INDEMNIZACIÓN TASADA E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS. ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL

El artículo 50 del ET establece para la extinción del contrato por incumplimiento empresarial una indemnización equivalente a la del despido improcedente³², la doctrina de los Tribunales había venido manteniendo que no puede acumularse a esa indemnización otra adicional por el perjuicio causado por la vulneración de derechos fundamentales. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3.4.2002³³ había declarado que «[...] la indemnización [prevista en el artículo 50] va dirigida precisamente a resarcir al trabajador por la pérdida de su puesto de trabajo, que es el único perjuicio que acarrea a la actora su opción por esta acción [puesto que] la pérdida de empleo es igualmente perjudicial sea cual fuere la conducta patronal que la ocasiona y su indemnización está tasada por la ley [...]». Dicha doctrina había sido inicialmente avalada por el Tribunal Supremo³⁴ que, distinguiendo los casos de despidos nulos, declaró que en los casos de extinción del contrato a instancia del trabajador «[aquella doctrina referida a despidos] no puede ser aplicable [al supuesto del artículo 50] pues allí la relación laboral permanecía incólume como consecuencia de la nulidad del despido, mientras que en el presente se trata precisamente de romper la relación laboral, a instancia del trabajador, mediante la correspondiente indemnización [...]». Pero esa doctrina ha sido revisada en la reciente sentencia de 17.5.2006³⁵, dictada en Sala General, en la que se ha tenido ocasión de declarar que «[...] La modificación operada en el artículo 181 [LPL] por el artículo 40-Dos de la Ley 62/2003 [...], al incluir, expresamente, en el texto del mismo «la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso» no deja la menor duda de que la voluntad legislativa es la de proteger el derecho fundamental con independencia de la protección que merece el derecho a la extinción del contrato de trabajo cuando concurre causa para ello, sin otro requisito que el de la expresión en la demanda del derecho fundamental conculcado [...]» y acaba concluyendo que la conducta empresarial perjudiciando el acoso constituye «[...]un atentado al derecho fundamental a

³² Art. 50.2 en relación al art. 56.1.a). La indemnización es la de 45 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades.

³³ AS 2002\1832.

³⁴ STS (Social) 11.3.2004. RJ 2004\3401.

³⁵ STS 17.5.2006. Recurso de unificación de doctrina 4372/2004.

la dignidad personal del trabajador demandante y una propia y verdadera actuación de acoso laboral [...]». por lo que en la misma, «[...]no solo deben ser valorados los daños y perjuicios derivados de la extinción contractual ejercitada en la demanda rectora de autos, sino también, los daños materiales y morales que comporta la enfermedad psíquica que, a consecuencia del comportamiento empresarial, tiene que soportar el trabajador que postula la extinción de su contrato laboral y que, por si mismos, constituyen la violación de un derecho fundamental [...]», por lo que en definitiva el Tribunal Supremo confirma la sentencia del TSJ³⁶ que había establecido, junto a la indemnización por extinción del contrato³⁷, una indemnización adicional por los daños y perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante³⁸, de forma que establece el Tribunal Supremo que han de valorarse por separado los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo y aquellos otros inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador.

En definitiva, podemos decir hoy que la indemnización tasada del artículo 50 es compatible con una indemnización adicional por los daños y perjuicios causados por la vulneración del derecho fundamental, siempre que estos existan y se acrediten no solo por el sufrimiento moral que comprende la propia vulneración del derecho fundamental sino por un daño material, psíquico o de otra índole, objetivamente evaluable.

9. CUANDO ES LA PROPIA EMPRESA LA QUE ACORRALA AL TRABAJADOR IMPUGNACIÓN DE LAS DECISIONES EMPRESARIALES EN EL MARCO DEL *BOSSING*

Ocurre a veces y con más frecuencia de lo que parecería, que es el propio empresario el que acosa al trabajador, sexual o moralmente. En estos particulares casos, las potestades del empresario que comprenden la de especificar las obligaciones concretas del puesto de trabajo³⁹, la de controlar y dirigir la actividad laboral⁴⁰, la de dar instrucciones concretas en el ejercicio regular de las facultades directivas⁴¹ y en fin las facultades sancionadoras de los artículos 54 y 58 del ET, y su intervención en otras muchas

³⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de fecha 12 de julio de 2004.

³⁷ De 14.330,55 €.

³⁸ De 20.000 €.

³⁹ Art. 5.a) ET.

⁴⁰ Art. 20 ET.

⁴¹ Art. 5.c) ET.



decisiones que afectan a la situación del trabajador, tales como las referidas a la retribución, a las vacaciones, a la modificación de condiciones de trabajo como horario y jornada, a la movilidad funcional, a los desplazamientos y traslados etcétera, hacen si cabe más terrible la situación del trabajador acosado en relación con los trabajadores acosados por otros compañeros.

10. **DESPIDO PROCEDENTE PERO NULO Y DESPIDO IMPROCEDENTE Y ADEMÁS NULO**

En los casos de acoso realizado o propiciado por parte del propio empresario, es frecuente que en el marco de la acción continuada en que consiste el propio acoso se produzca el despido del trabajador acosado. Es muy importante a mi parecer en estos casos distinguir entre dos situaciones: a) los despidos que carecen en absoluto de causa disciplinaria o objetiva y que sólo se explican como culminación del acoso, en los cuales el empresario busca simplemente causar un perjuicio al trabajador acosado, por ejemplo, el trabajador que es despedido por causa disciplinaria ficticia en el momento en que se opone a un asedio sexual, y b) los despidos que se producen por motivos disciplinarios cuando el trabajador sometido a acoso comete en efecto una acción que sería disciplinariamente relevante pero que debe enmarcarse en el ámbito del propio acoso, por ejemplo el del trabajador que en un caso del *mobbing* es puesto al límite de su resistencia psicológica e incurre en incumplimientos contractuales o en ofensas al empresario que serían sancionables objetivamente pero que en el marco de los acontecimientos no son más que la culminación de una situación de acoso.

En ambos casos, una vez constatado el acoso, los despidos no pueden ser calificados más que como nulos, pues independientemente de la realidad del incumplimiento contractual del trabajador, es el *mobbing*, como incumplimiento de las obligaciones empresariales en los términos del artículo 4.2.d) del ET, el que se constituye como causa del despido, lo que exige la obligación judicial de examinar el ataque a la dignidad del trabajador, la discriminación y en general la vulneración de derechos fundamentales como causa eventual del despido y en definitiva como eventual declaración de su nulidad.

11. **¿READMISIÓN?**

Uno de los problemas de la impugnación del despido basada en la denuncia de discriminación o de vulneración de derechos fundamentales es

que necesariamente conduce a la readmisión del trabajador despedido⁴². Este mecanismo es adecuado cuando se trata de vulneración de derechos en el ejercicio de actividades del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales, por ejemplo cuando se declara vulnerado el derecho al ejercicio de la libertad sindical o del derecho a la indemnidad, pero en los casos en que la vulneración de derechos fundamentales se vincula a acciones de acoso al trabajador, la readmisión parece a veces más una condena que otra cosa. Así se ve por ejemplo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 21.11.2003⁴³, en la que se constata que, tras el cumplimiento de la sentencia, persiste la voluntad empresarial de presionar al trabajador, lo que tenía lugar desde hacía más de un año.

No me parece disparatado en estos casos acudir a la resolución contractual en salvaguarda de los intereses del trabajador acosado, pues es evidente que mantener la relación laboral esta abocado a perpetuar el riesgo de acoso. Así lo vio el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía —Sevilla— en sentencia de 19.4.2004⁴⁴, en la que tuvo ocasión de declarar que «[La Sala] no desconoce que la calificación de un despido con motivación inconstitucional es la de nulo, cuyos efectos legales son la readmisión [...] más en estos casos de riesgo de atentado a la integridad, la previsión legal y la doctrina constitucional deben modularse atribuyendo al trabajador el derecho de opción entre la readmisión o una indemnización sustitutoria ante el despropósito que supondría crear una situación de riesgo imponiendo la ejecución in natura y ante la imprevisión legal de sustitución de la ejecución salvo cierre de la empresa [...]».

12. LA ACCIÓN DE TUTELA POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Hemos visto ya que el trabajador asediado puede optar por la vía del artículo 50 del ET y solicitar la extinción contractual indemnizada; pero la vía más propia para que el trabajador reclame su derecho a trabajar con respeto a su dignidad es la de la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales. Eso fue siempre así, pero no cabe hoy ya duda de la pertinencia de esta acción después de la trasposición de las Directivas sobre dis-

⁴² Art. 113 LPL. Nótese la paradoja de que mientras la acción del artículo 50 conduce a la extinción del contrato cuando se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, la declaración de la misma vulneración impide la extinción cuando el empresario ha despedido al trabajador.

⁴³ AS 2003\670.

⁴⁴ AS 2004\2057.



criminación de 2000⁴⁵, efectuada a través de la ley de acompañamiento de 2003⁴⁶ que modificó el artículo 181 de la LPL, el cual establece que las demandas sobre tutela de los demás derechos fundamentales distintos de la libertad sindical se tramitarán por la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y, esa es la novedad introducida en 2003, del acoso.

Lo interesante de esta vía procesal es que conduce a un amparo completo de la situación del trabajador, que no se da cuando éste opta por ejercer la acción rescisoria o por impugnar decisiones concretas del empresario. Volveré después sobre ello, pero ahora interesa ver que la trasposición de las Directivas comunitarias no es completa.

13. LA ACCIÓN ULTRA CONTRACTUAL NO TRASPUESTA

El artículo 7.1 de la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y el artículo 9.1 de la Directiva 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, establecen que deben existir procedimientos para amparar la acción de las personas perjudicadas por la no aplicación de lo que las propias directivas establecen, y determina que estas acciones deben ofrecer amparo incluso tras la conclusión de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación. Esta última advertencia (la acción tras la conclusión de la relación laboral) no se traspuso al artículo 181 de la LPL, por lo que podría parecer que la acción que se ejerciera una vez extinguida la relación laboral no tendría amparo. Sin embargo, es obvio que en este caso el mandato de las Directivas comunitarias es claro y por tanto puede y debe aplicarse directamente independientemente de su trasposición. Así pues, la acción de tutela por discriminación relacionada con el acoso en el trabajo, puede ejercerse no sólo durante la vigencia del contrato de trabajo, sino también después de finalizado éste. Así lo vio ya antes de la reforma del artículo 181, la sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha de 26.6.2003⁴⁷, que dio lugar a una indemnización⁴⁸ solicitada por un trabajador que había sido sometido a *mobbing* y que reclamó después de extinguida la relación laboral por incapacidad permanente.

⁴⁵ Vid., notas 19 y 20. Directivas 2000/43, 2000/73 y 2000/78.

⁴⁶ Artículo 40.dos de la ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁴⁷ AS 2003\669.

⁴⁸ Que dijo derivaba de responsabilidad contractual.

14. A VUELTAS SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, según el cual las reglas de distribución de la carga de la prueba imponen que corresponde al demandante probar la certeza de los hechos de que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y al demandado la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos en que se basa la pretensión, esta norma debe ser completada

- 1) en caso de acción por despido, con la del artículo 105 de la LPL que impone al empresario demandado la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido y
- 2) en materia de reclamaciones basadas en la discriminación o en la vulneración de derechos fundamentales, con las normas sobre inversión probatoria a que se refieren los artículos 96 y 179.2 de la LPL.

Lo anterior significa que, en caso de que tenga dudas sobre un hecho constitutivo de la pretensión ejercida por el trabajador, el juez deberá desestimar la demanda⁴⁹ y en caso de que las tenga sobre los hechos imputados como causa disciplinaria del despido deberá estimarla⁵⁰, lo mismo cuando se discuta la legalidad de otros actos del empresario⁵¹, todo ello ponderado por el criterio subsidiario de la disponibilidad y facilidad probatoria establecido en el apartado 6 del citado artículo 217 y de la carga de destruir las presunciones a que se refieren los artículos 385 y 386 de la LEC. Pero cuando lo que se alega por una de las partes es la vulneración de un derecho fundamental y se pide la nulidad del despido o de otra decisión del empresario, lo que se exige a quién alega no es la prueba plena de tal vulneración, sino la simple aportación de indicios sobre la discriminación o la violación del derecho, y una vez aportados dichos indicios o principios de prueba corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas aportadas y de su proporcionalidad⁵².

El desarrollo del principio de la carga de destruir la apariencia de vulneración de derechos fundamentales arranca de la sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981, que resalta la importancia de las reglas de distribución de la carga de la prueba para la efectividad de la tutela de los derechos

⁴⁹ Así por ejemplo si el trabajador demandante no acredita claramente la existencia del contrato de trabajo, la demanda deberá ser desestimada.

⁵⁰ Y declarar el despido improcedente.

⁵¹ Traslados, desplazamientos, modificación de condiciones, etcétera.

⁵² Vid. sTCo 74/1998 de 31.3.1998.



fundamentales y se prolonga en constante doctrina, que establece que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, si bien para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales⁵³, entendiendo que tal indicio no lo constituye la mera alegación de la vulneración del derecho fundamental, sino que corresponde al trabajador demandante aportar un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto la dimensión discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales de la decisión impugnada⁵⁴, de forma que, acreditados hechos o circunstancias que despierten la sospecha de esa perversa actuación empresarial, se traslada al empresario la exigencia de una auténtica carga probatoria que lleve a la convicción del juzgador la certeza de que la decisión empresarial fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio o atentatorio a los derechos fundamentales⁵⁵.

Este principio está hoy ya tan arraigado que su aplicación, antiguamente considerada dificultosa y frecuentemente vinculada a la exigencia de prueba diabólica⁵⁶, se halla procesalmente regulada en los ya citados artículos 96 y 179.2 de la LPL y se aplica con toda normalidad; pero es importante asegurar que en cada caso cada una de las partes sepa cuál es su carga probatoria, de forma que en el juicio no debe mantenerse la ambigüedad de que las partes no sepan a ciencia cierta si los indicios o principios de prueba aportados han sido adecuados para operar la inversión probatoria.

15. CUÁDRUPLE TUTELA

En los procesos sobre tutela de los derechos fundamentales, por aplicación del artículo 180 de la LPL y en materia de despido por remisión del artículo 108.3 de la propia LPL, el juez deberá pronunciarse sobre cuatro extremos perfectamente determinados que, en buena lógica, deben constituir también los ítems del suplico de la demanda, estos son⁵⁷:

⁵³ Sentencias del Tribunal Constitucional 87/1998 y 74/1998.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1997.

⁵⁵ Sentencias del Tribunal Constitucional 114/1989 y del Tribunal Supremo de 9.2.1996 (RJ 1996\1007) y 15.4.1996 (RJ 1996\3080).

⁵⁶ La prueba diabólica es la que impone el diablo de probar todo lo que no fue, para acreditar lo que fue. Es imposible probar lo que no fue con pruebas circunstanciales.

⁵⁷ *Vid.* Por todas sentencia del Tribunal Supremo de 14.7.1993 (RJ 1993\5678).



En primer lugar la tutela declaratoria, que impone al juez la obligación de pronunciarse sobre la identidad del derecho fundamental vulnerado e identificado éste, le impone declarar que la decisión empresarial constituye vulneración del derecho fundamental y por ello debe decretar la nulidad, nulidad radical, del acto.

En segundo lugar, la tutela inhibitoria que significa que el juez debe ordenar el cese del comportamiento discriminatorio o antisindical o vulnerador de derechos fundamentales, estableciendo así una obligación de hacer, o de no hacer en los términos de los artículos 1098 y 1099 del Código Civil, obligación que desde luego debe ejecutarse en sus propios términos según lo dispuesto en el artículo 239.1 de la LPL y eventualmente imponiendo apremios pecuniarios⁵⁸.

En tercer lugar, la sentencia debe pronunciarse sobre la llamada tutela repositoria, es decir, ordenando la restitución de las cosas a la situación anterior al momento en que se produjo el acto declarado nulo. Tratándose de despidos, la tutela repositoria impone la readmisión del trabajador en las mismas condiciones de trabajo de que gozaba en el momento anterior al despido, tratándose de modificación de condiciones consiste en la vuelta a las condiciones de trabajo anteriores, etcétera.

Finalmente, en cuarto lugar la sentencia debe ofrecer la tutela resarcitoria o reparatoria, lo que comprende la condena del empresario a reparar el daño causado incluida una eventual indemnización, de lo que hablaré más adelante.

16. ¿HEMOS OLVIDADO AL AGRESOR?

Conviene ahora reproducir los argumentos que hemos esgrimido en los apartados IV y V anteriores, pero refiriéndome ahora no a la víctima sino al agresor. Como dije, a mi entender, la víctima de un acoso sexual o moral está legitimada para intervenir en el pleito que se siga sobre el despido o la sanción impuesta al acosador por los motivos ya expuestos.

También a mi entender, en los pleitos iniciados por la víctima para la extinción del contrato de trabajo o para reclamar la tutela (cuádruple) judicial por vulneración de derechos fundamentales, debe reconocerse al agresor el derecho a ser admitido en el pleito como coadyuvante en defensa del legítimo interés que tiene a intervenir en el proceso en que a que se va a declarar que ha sido, o no, ejecutor de un acto de acoso eventualmente discriminatorio o de un atentado a los derechos fundamentales, puesto que

⁵⁸ Art. 239.2 LPL.



la sentencia que se dicte dará lugar a responsabilidades que pueden repetirse contra él.

17. RESPONSABILIDAD CIVIL

Del acoso se pueden derivar, y se suelen derivar en efecto, daños de todo tipo, generalmente económicos o materiales económicamente evaluables o daños a la salud de la víctima del *mobbing*, generalmente trastornos psíquicos. Es evidente que quien causa un mal debe reparar sus consecuencias, ya sea por la vía de la responsabilidad aquiliana cuando el daño no se vincula a un incumplimiento contractual o por la de la responsabilidad contractual cuando existe esa vinculación. Así pues, es frecuente que la víctima que ha sufrido perjuicios o secuelas inicie una vía de reclamación de indemnización por el perjuicio causado, vía que en la mayoría de los casos se dirige contra la empresa por la responsabilidad derivada del incumplimiento contractual de velar por la integridad física de los trabajadores, pero que nada impide que se dirija directamente contra el acosador por la vía extracontractual.

Que la acción por responsabilidad extracontractual, no puede incluirse entre las acciones que se promueven entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo es una obviedad y por lo tanto es claro que se trata de acciones no incluibles en el artículo 1.2.a) de la LPL, lo que las excluye del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social.

Pero la acción que dirige el trabajador contra la empresa, es una acción amparada en el artículo 1101 del Código civil y no del 1902, ya que la responsabilidad deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato de trabajo y en concreto de las de los apartados c), d) y e) del artículo 8 del ET.

La competencia del orden social de la jurisdicción para conocer de los pleitos en reclamación de indemnizaciones por daños y perjuicios causados por incumplimiento de las obligaciones empresariales derivadas del contrato de trabajo, fue declarada en auto de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo de 23.12.1993⁵⁹, que anuló una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1.6.1993⁶⁰ en la que dicho Tribunal se había declarado incompetente en favor de los órganos del orden jurisdiccional civil. Pero, pese a ese claro criterio de la sala de conflictos, la Sala primera del propio Tribunal Supremo ha venido declarándose también

⁵⁹ RJ 1993\10131.

⁶⁰ AS 1993\2919.

competente en esta materia⁶¹, lo cual provoca la absurdidad de que este tipo de reclamaciones se vienen resolviendo tanto en los juzgados de primera instancia como en los de lo social.

18. VALORACIÓN DEL DAÑO

Ya hemos visto que la víctima de acoso sexual o moral puede reclamar indemnizaciones a cargo de la empresa por el daño causado, ya sea por la vía de la tutela resarcitoria en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales, ya sea por la vía del juicio ordinario en reclamación de cantidad por responsabilidad civil contractual. Cuando de lo que se trata es de fijar indemnizaciones, nos encontramos con algo que en Derecho del Trabajo no es habitual: hay que valorar el daño causado. En Derecho Laboral habitualmente las indemnizaciones son tasadas, de forma que la ley fija un modelo de cálculo preciso que sirve para fijar la indemnización con independencia del daño real causado. Este sistema no es desde luego el más justo, pero si el más eficaz desde el punto de vista de la seguridad jurídica, en realidad al fin acaba siendo un método suficientemente equitativo y se ha consolidado como el preferente en Derecho del Trabajo, aunque en opinión de algunos⁶² los sistemas de valoración tasada representan un intento de restricción del arbitrio judicial en la determinación de las indemnizaciones.

Ciertamente, el sistema de indemnizaciones tasadas se diversifica en tres sistemas distintos. Por una parte, el de fórmulas aritméticas de cálculo de la indemnización, que es el usado, por ejemplo, para el cálculo de las indemnizaciones por despidos⁶³ o por traslados⁶⁴ o por modificación substancial de las condiciones de trabajo⁶⁵ o la indemnización por la incapacidad permanente parcial⁶⁶ o por fallecimiento en accidente de trabajo⁶⁷. Por otra parte, el de los baremos que establecen una lista de indemnizaciones

⁶¹ Sentencias de la Sala de lo Civil de Tribunal supremo de 21.3.1997 (RJ 1997\2186), 13.10.1998 (RJ 1998\8729), 13.7.1999 (RJ 1999\5046), 30.11.1999 (RJ 1999\8287), 29.7.2003 (RJ 2003\5991), 18.6.2004 (RJ 2004\4431), 12.11.2004 (RJ 2004\7230) etcétera. La sala primera declara sin ambages que las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos no crean doctrina jurisprudencial, lo que, siendo cierto, no justifica en absoluto el mantenimiento de criterios dispares dentro del más alto Tribunal.

⁶² SANTOS BRIZ, J., «La responsabilidad civil». *Temas actuales*, Madrid 2001, Ed. Montecorbo. Pág. 312.

⁶³ Por ejemplo para los despidos colectivos la fórmula del artículo 51.8 ET o para el servicio del hogar familiar la del artículo 10.1 del RD142/85.

⁶⁴ Artículo 40.1 ET.

⁶⁵ Artículo 41.3 ET.

⁶⁶ Artículo 9 del Decreto 1646/1972.

⁶⁷ Artículo 29 de la Orden de 3.2.1967.



según el daño objetivado, usado para la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo⁶⁸. Y, en fin, el de las indemnizaciones fijas que establecen una cantidad independientemente de cualquier parámetro que pudiera evaluar el daño real causado, usado, por ejemplo, para el auxilio por defunción⁶⁹.

El sistema de valoración tasada del daño se ha aplicado también en otros ámbitos ajenos al Derecho del Trabajo y en especial al de los accidentes de circulación. La disposición adicional octava de la ley 30/1995 introdujo un sistema de baremo hoy regulado por el Real Decreto 8/2004⁷⁰. Éste baremo pretende ser exhaustivo para el cálculo de indemnizaciones por daños corporales⁷¹ y por ello ha tenido cierta influencia en la valoración del daño corporal en otros ámbitos, también en el derivado de accidentes de trabajo, y por lo que aquí interesa también en el derivado de situaciones de acoso, hasta el punto de que el Tribunal supremo ha convalidado el uso que de él se haga como parámetro de orientación para fijar el valor de la indemnización.

El criterio jurisprudencial en esta materia ha sido claramente establecido por el Tribunal Supremo⁷², en el sentido de que debe establecerse el importe de la indemnización teniendo en cuenta cualquier criterio que pueda servir de referencia y en especial las sumas ya percibidas, de forma que el importe que se fije sea adecuado, proporcionado y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daños materiales y morales) que se acrediten, sufridos en las esferas personal, laboral, familiar y social. Esta doctrina ha llevado al Tribunal Supremo a declarar⁷³ que para la determinación de la indemnización de daños y perjuicios deben valorarse las cantidades percibidas por prestaciones de seguridad social u otras, pero no las derivadas del recargo del artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, ya que éste recargo tiene naturaleza específica constituyendo una cantidad de matiz más próximo al sancionatorio. Pero salvo esa concreta excepción, para el cálculo de la indemnización hay que cuidar que ésta sea adecuada al daño causado pero no lo supere, para evitar un hipotético enriquecimiento injustifica-

⁶⁸ Anexo a la Orden de 15.4.1969 redactado por Orden de 16.1.1991.

⁶⁹ Artículo 6.a) de la Orden de 13.2.1967.

⁷⁰ Que aprueba el texto refundido de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

⁷¹ Para una guía práctica de uso de dicho baremo, *vid.* LUNA YERGA A., RAMOS GONZÁLEZ, S. y MARÍN GARCÍA, I., «Guía de baremos; Valoración de daños causados por accidentes de circulación, de navegación aérea y por prisión indebida». *Indret Revista para el análisis del derecho*. Barcelona 2006, www.indret.com.

⁷² Por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 1.6.2005 (RJ 2005\9662).

⁷³ Sentencia del Tribunal supremo de 2.10.2000 (RJ 2000\9673).

do que se produciría cuando las indemnizaciones superaran el límite racional de una compensación plena.

En especial, en la sentencia de 10.12.1998⁷⁴, dictada en Sala General, se estableció que, respecto de la posibilidad de ejercicio de distintos tipos de acciones para alcanzar el resarcimiento de un daño, son criterios esenciales a respetar que: a) existe un solo daño que compensar o indemnizar sin perjuicio de las distintas reclamaciones que puedan plantearse, y b) debe existir también en principio un límite en la reparación del daño. De forma que ante el hecho de que puedan utilizarse distintas acciones compatibles para la reclamación de la correspondiente indemnización, hay que tener en cuenta que no puede postularse un derecho de acumulación de indemnizaciones y por ello el *quantum* total percibido es único y no debe superar la cantidad razonable para compensar el daño causado.

19. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aparte de la vía procesal más propia para el amparo de la víctima de acoso que es la de tutela de los derechos fundamentales, existe un complejo entramado de otros posibles procedimientos que en el ámbito laboral se concretan en los procesos por despido o sanción de acosador, los de extinción de la relación laboral a petición del acosado, los de impugnación de modificaciones de condiciones de trabajo o de despido o sanción del acosado y los de reclamación de indemnización por responsabilidad civil contractual, en el ámbito civil también por responsabilidad contractual y más propiamente por la extracontractual, en el ámbito penal por los delitos de los artículos 173 y 177 del Código Penal y la falta del artículo 620, y en vía contenciosa administrativa por las sanciones del artículo 8.13.bis de la ley de infracciones y sanciones en el orden social, a lo que deben sumarse los procesos de seguridad social relacionados con las consecuencias invalidantes de las secuelas del *mobbing* incluida su consideración como lesiones derivadas de contingencias profesionales⁷⁵ y el eventual recargo por falta de medidas de seguridad⁷⁶.

Este complejo entramado no tiene una regulación armónica, lo que hace que las estrategias procesales de las partes cobren un gran valor y eventualmente puede situar a la víctima o al acosador en desamparo o indefensión. Por ello, hay que aplicar de manera amplia las posibilidades de participa-

⁷⁴ RJ 1998\10501).

⁷⁵ Por aplicación del artículo 115.2.e) de la Ley General de la Seguridad Social.

⁷⁶ Artículo 123 LGSS.



ción adhesiva voluntaria de quienes tengan interés directo y legítimo en estos pleitos.

Por otra parte, la falta de regulación armónica ha venido en crear complejas deficiencias como la ambigüedad que mantienen las salas primera y tercera del Tribunal Supremo en cuanto a la competencia por responsabilidad civil contractual derivada de accidente de trabajo, la falta de desarrollo del artículo 3.2 de la LPL⁷⁷, la inexistencia de una modalidad procesal especial para la reclamación de extinción del contrato por aplicación del artículo 50 del ET, la difícil aplicación de criterios homogéneos para el establecimiento de indemnizaciones o la forzada readmisión en los despidos nulos.

Todo lo cual invita a proponer que en la hipótesis de una futura ley integral de accidentes de trabajo, debería dedicarse una específica propuesta de regulación armónica de las acciones judiciales derivadas de situaciones de acoso en el trabajo.

⁷⁷ Que prevé la competencia del orden jurisdiccional social para las sanciones por infracciones laborales.





2

Mercado de Trabajo







LA FEMINIZACIÓN EN EL MERCADO LABORAL ESPAÑOL

ANÁLISIS TRIMESTRAL SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO
EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (PRIMER TRIMESTRE 2007)

SANTOS RUESGA BENITO

Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO

Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ

Investigadora
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

La economía española y la andaluza presentan en el primer trimestre de 2007 unas tasas de crecimiento elevadas especialmente en relación a las economías de los países centrales de la U.E. En el mismo sentido, la creación de empleo y la reducción de desempleo continúan a buen ritmo. En el presente artículo, se analizan la evolución de las principales variables laborales en el ámbito geográfico español y andaluz. De forma más específica en este artículo se presta especial atención a la población laboral femenina, con el objetivo de analizar con detalle los efectos del proceso de feminización del mercado laboral que ha tenido lugar en las últimas décadas en España y Andalucía.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. PRIMER TRIMESTRE 2007

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA ^(*)	VB ^(*)	Dato	VA ^(*)	VB ^(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	1 ^{er} Trim. 07	21.925,30	0,5	2,8	3.648,50	1,6	2,8
Tasa de actividad	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 07	58,58	0,0	1,0	55,98	1,1	1,0
Hombres	68,93	-0,1	0,0	67,75	-0,3	-0,6
Mujeres	48,61	0,1	2,4	44,58	3,1	3,3
16-19 años	27,35	-4,0	1,5	28,65	-10,0	-1,8
20-24 años	66,34	-1,8	-1,0	64,07	-3,2	-4,4
25-54 años	82,71	0,9	1,2	77,91	1,8	2,1
Más de 55 años	19,77	0,5	0,5	16,96	3,7	-3,0
Ocupados	Miles	1 ^{er} Trim. 07	20.069,20	0,3	3,4	3.192,30	1,3	3,8
Agricultura	990,00	7,4	0,5	294,10	20,4	-0,8
Industria	3.265,30	-1,6	-0,3	317,00	-1,0	0,5
Construcción	2.664,70	1,6	9,4	480,80	-3,6	6,1
Servicios	13.149,30	0,1	3,5	2.100,30	0,6	4,5
Asalariados del sector público	..	1 ^{er} Trim. 07	2.932,20	0,8	2,4	516,60	-0,5	-0,3
Asalariados temporales	..	1 ^{er} Trim. 07	5.276,80	-5,2	-0,4	1.180,30	-1,4	3,6
Parados encuestados	..	1 ^{er} Trim. 07	1.856,10	2,5	-4,1	456,30	4,0	-3,6
Hombres	800,10	4,8	-5,5	204,20	8,2	-3,6
Mujeres	1.056,00	0,9	-3,1	252,10	0,9	-3,5
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 07	8,47	2,0	-6,6	12,51	2,4	-6,2
Hombres	6,32	4,3	-7,2	9,40	7,9	-5,0
Mujeres	11,39	0,3	-6,8	17,07	-2,7	-8,1
16-19 años	27,45	-11,8	-6,7	30,68	-3,1	-3,3
20-24 años	15,23	7,3	-4,6	19,84	15,4	2,0
25-54 años	7,53	2,4	-7,2	11,25	2,7	-7,3
Más de 55 años	5,86	9,7	-0,3	9,14	-7,3	-6,9
Parados de larga duración	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 07	25,61	2,6	-1,7	27,96	4,8	-11,3
Parados registrados	Miles	1 ^{er} Trim. 07	2.072,33	2,9	-4,2	473,88	-2,3	-3,2
Cobertura neta del subsidio de paro	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 07	93,23	2,7	12,4
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	1 ^{er} Trim. 07	570,60	5,5	5,5	571	5,5	5,5
Coste laboral por trabajador	€/mes	1 ^{er} Trim. 07	2.198,52	-4,9	4,0	1.975,45	-5,7	3,4
Industria	2.527,24	-5,4	4,2	2.184,93	-7,1	2,9
Construcción	2.111,64	-7,3	5,0	2.075,34	-3,3	1,9
Servicios	2.128,23	-4,1	4,0	1.907,72	-6,0	4,0
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	1 ^{er} Trim. 07	155,00	7,0	-0,2	153,6	5,3	0,6
Accidentes mortales de trabajo	Total	1 ^{er} Trim. 07	317	-19,5	34,3	40
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	1 ^{er} Trim. 07	1.018	11,0	20,5	104	14,3	30,0
Trabajadores Extinción de empleo	21.367	91,8	81,6	939	156,6	87,8
Suspensión de empleo	6.605	4,9	2,0	282	10,2	23,1
Reducción de jornada	14.686	206,8	178,8	657
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	1 ^{er} Trim. 07	223	-16,2	33,3
Participantes	Miles	..	45	-39,7	920,8	18,4	-18,9	222,8
Jornadas no trabajadas	78,10	-50,2	535,9	16,9	-29,9	168,3
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 07	4,1	2,5	3,5
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	1 ^{er} Trim. 07	-25,5	20,6	-15,7
Inflación	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 07	2,4	2,6	4,0	2,6	2,8	3,9
Déficit público (operaciones no financieras)	Millardos €	1 ^{er} Trim. 07
Tipo de interés (Euribor 12) meses	Porcentaje	1 ^{er} Trim. 07	4,1	5,0	2,2

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

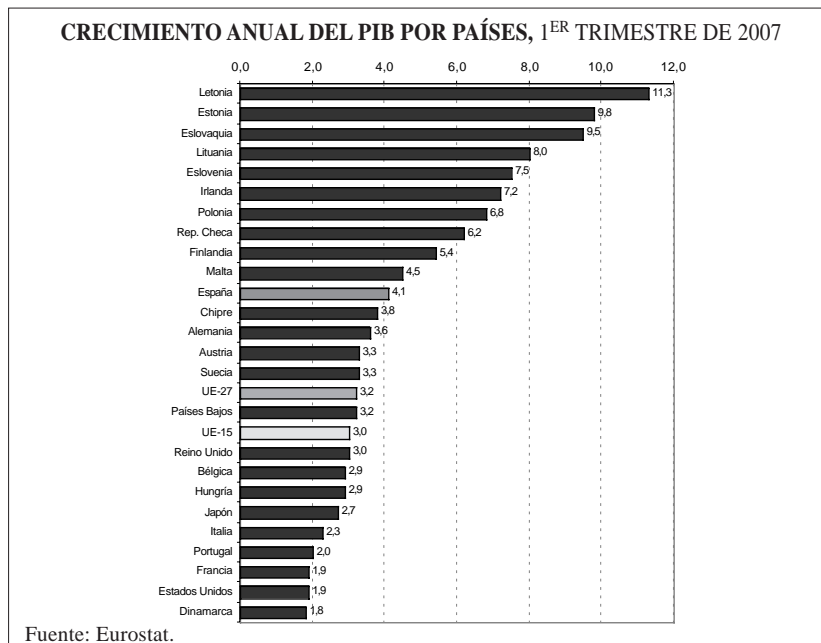
ÍNDICE

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. EL DESEMPLEO
5. CONDICIONES DE TRABAJO
6. LA COYUNTURA ECONÓMICA EN ANDALUCÍA

1. LA COYUNTURA ECONÓMICA

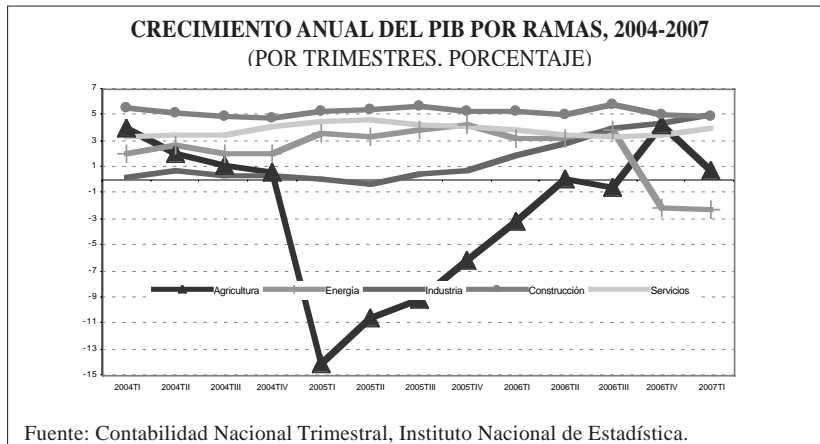
Un trimestre más el crecimiento del PIB en España sigue sorprendiendo: avanza otra décima, hasta el 4,1 por ciento de variación interanual.

Del entorno más inmediato, España se sitúa muy por encima de las grandes economías, como Estados Unidos (que únicamente creció un 1,9 por ciento), o Alemania, que siendo el principal motor europeo creció un 3,6 por ciento, cinco décimas por debajo del crecimiento económico registrado en nuestro país. Sólo los nuevos países incorporados en los últimos años a la Unión Europea presentan tasas de crecimiento el doble que la española, destacando el ritmo imparable de Irlanda, que de nuevo se sitúa como uno de los países con un crecimiento más dinámico (del 7,2 por ciento), y la gran recuperación de Finlandia (con un crecimiento del PIB del 5,4 por ciento anual), tras el parón en el que se vio sumida en los inicios de la presente década.

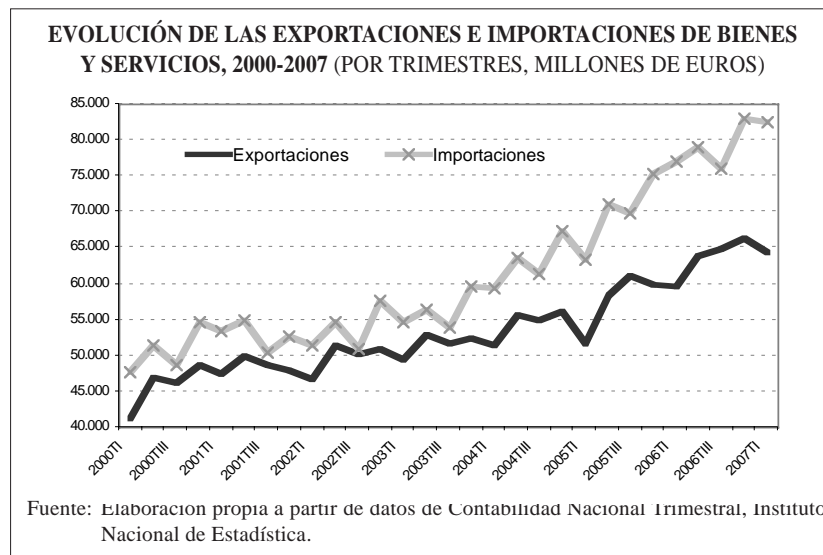


Analizando más detalladamente la progresión del Producto Interior Bruto, la demanda interna aporta 4,9 puntos de crecimiento, sólo una décima menos que en el trimestre anterior, e igual cifra que en el mismo primer trimestre del año 2006. En términos desagregados, la buena noticia proviene del crecimiento registrado en la formación bruta de capital fijo, es decir, en la inversión, que sube dos décimas respecto al trimestre anterior, alcanzando un crecimiento anual del 6,6 por ciento. Además, este crecimiento proviene en su mayor parte de la inversión en bienes de equipo, que aporta siete décimas más que en el trimestre anterior, y no tanto de la construcción, que ralentiza su ritmo, aún situándose en un crecimiento del 5,6, sólo una décima menos que en el cuarto trimestre de 2006. Por el contrario, el consumo interno desciende aunque únicamente en una décima, hasta situarse en el 3,9 por ciento de crecimiento anual.

Considerando las distintas ramas de producción, la rama agraria y pesquera presenta un crecimiento, muy pequeño, tan sólo del 0,8 por ciento anual, pero positivo, al igual que en el último trimestre del año anterior, contrastando con las fuertes caídas registradas durante el año 2005. Las ramas que de nuevo presentan un crecimiento negativo son las energéticas, con una reducción en el ritmo de crecimiento anual de 2,2 puntos, una décima más que en el pasado trimestre. Por el contrario, continúa la positiva evolución de las ramas industriales, con un aumento del 5,1 por ciento, manteniendo la línea ascendente que se observa desde mediados del año 2005, incluso aumentando ese ritmo de crecimiento en siete décimas, respecto al cuarto trimestre del año 2006. Asimismo, la rama de la construcción se mantiene estable, disminuyendo el crecimiento en una décima, pero siempre en torno a los 5 puntos anuales (en este último trimestre baja por primera vez de dicho límite en los últimos dos años). Por último, las ramas de los servicios crecen aún más que lo sucedido en el año 2006, situándose en el 4 por ciento anual.



La demanda externa resta de nuevo 1,4 puntos de crecimiento, sólo una décima menos que en el trimestre anterior. Las exportaciones han reducido de nuevo el ritmo, creciendo un 4,2 por ciento en término interanuales, casi tres puntos porcentuales menos que en el trimestre pasado. Pero también las importaciones han ralentizado su crecimiento, con un 5,6 por ciento en términos interanuales, 3,6 puntos porcentuales menos que en el último trimestre del pasado año. A pesar de esta favorable evolución del sector exterior, el déficit comercial supera los dieciocho mil millones de euros, cifra que sobrepasa incluso el mal dato con el que se comenzó el año anterior (un déficit de más de 17 mil millones de euros). Desde el año 2004 la apertura del déficit comercial español es cada vez más preocupante.

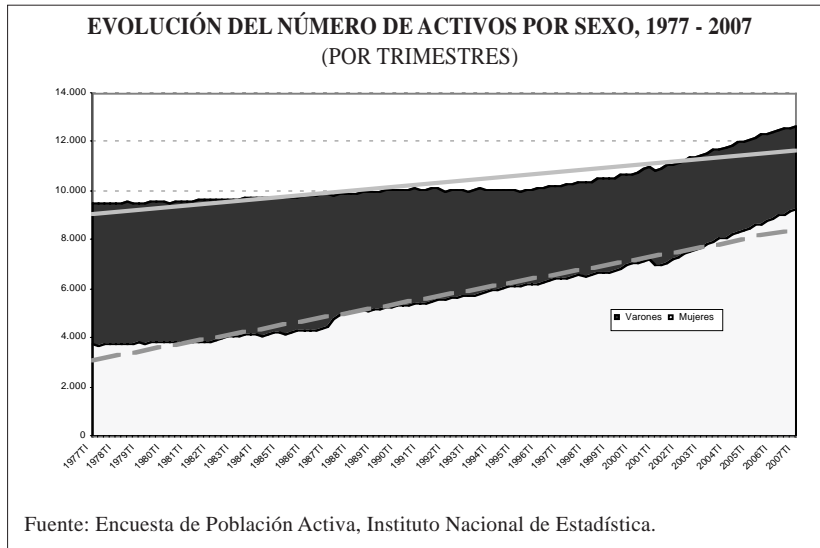


2. LA OFERTA DE TRABAJO

El año 2007 comienza con 21.925.300 personas activas, 112.900 personas más que en el último trimestre del año 2006, y por encima del medio millón más que en el mismo trimestre de 2006. Esto supone, en términos relativos, un aumento del 0,52 por ciento y del 2,76 por ciento de variación intertrimestral e interanual, respectivamente. Parece pues, que se ralentiza ligeramente la fuerte aceleración que se venía registrando en el número de activos en nuestro país.

En cuanto a la diferencia por sexos, se está reduciendo paulatinamente la distancia entre ambos: si en el primer trimestre de 1977 había 5.740.600 varones activos más que mujeres, hoy la diferencia es únicamente de 3.383.900, es

decir, la distancia entre ambos sexos ha disminuido en casi un 70 por ciento, gracias, sobre todo, a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. El crecimiento de la población activa femenina ha seguido un ritmo más rápido que el de la masculina. La proporción hace treinta años era de 71,6 por ciento de hombres activos y únicamente un 28,4 por ciento de mujeres, mientras ahora es de 57,7 por ciento de varones activos y 42,3 por ciento de mujeres.



La población activa en España, en este primer trimestre de 2007 se distribuye entre el 85 por ciento de nacionalidad española, el 7 por ciento procedente de América Latina, el 5 por ciento de Europa (en su conjunto), el 3 por ciento del resto del mundo, y el 1 por ciento restante es población con doble nacionalidad, española y otra. El contingente más numeroso, casi el 50 por ciento de los cerca de 3 millones de personas activas extranjeras, proviene de América Latina (el 47,8 por ciento).

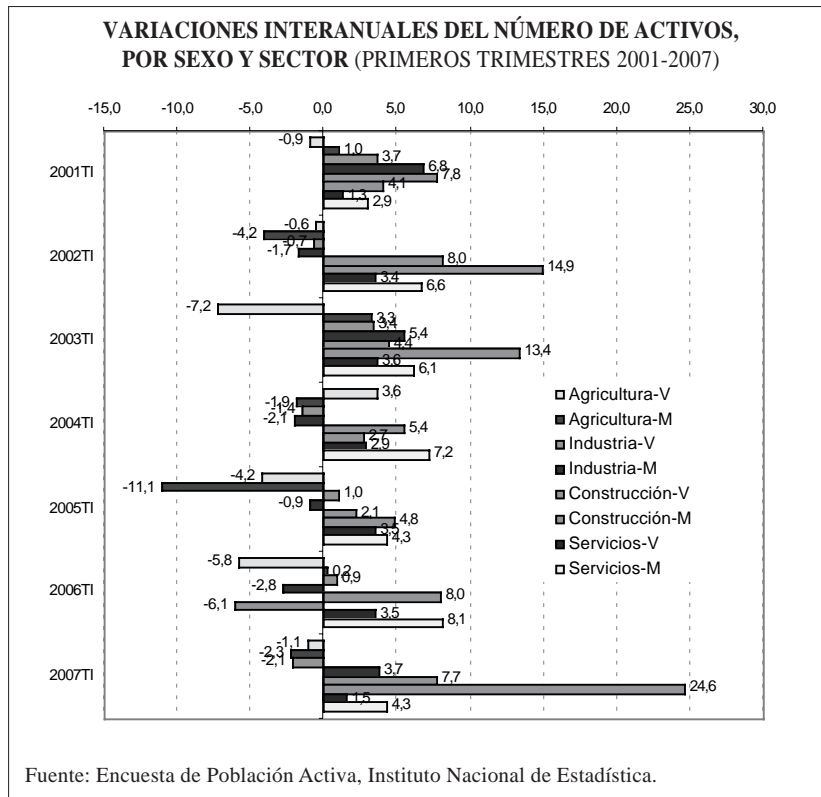
Salvo en el caso latinoamericano, donde el reparto de sexos es prácticamente 50/50, tanto en la población activa europea como en la procedente del resto del mundo hay mayoría de varones (de manera más significativa en la población activa procedente del resto del mundo). De ahí que más de la mitad de las mujeres extranjeras (el 55 por ciento) sean latinoamericanas.

Por tanto, de la población activa extranjera, casi la mitad proceden de América Latina, repartida al 50 por ciento entre hombres y mujeres, aunque las mujeres latinoamericanas suman un 8 por ciento del total de mujeres activas en nuestro país, el mayor colectivo extranjero.

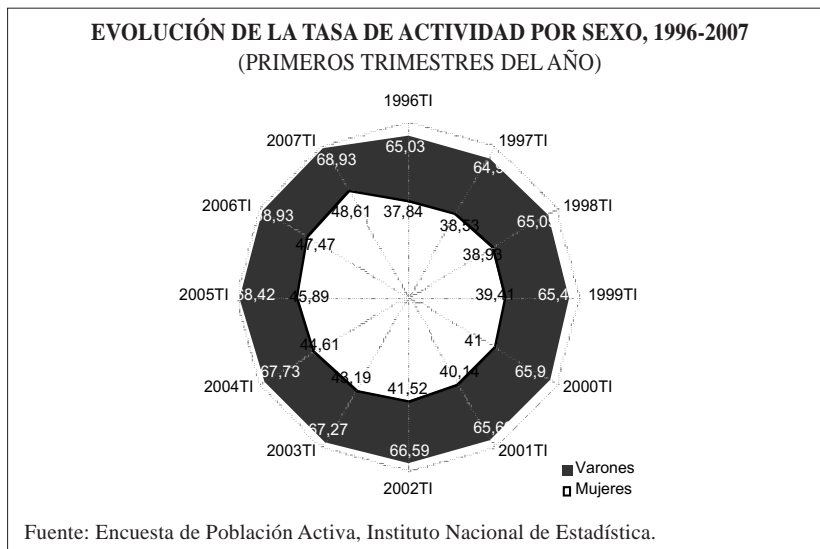
Por sectores, la evolución reciente indica que el número de mujeres activas en el sector de la construcción es el que más ha aumentado, en términos interanuales (un 24,6 por ciento), recuperando la senda de incremento que se venía registrando en este sector en los primeros trimestres del año, salvo en el pasado 2006. Asimismo, entre los varones, el crecimiento interanual se sitúa en la línea de los años anteriores (7,7 por ciento)

En el sector agrícola, a pesar de presentar un fuerte incremento respecto al trimestre anterior en el caso de las mujeres (del 9,6 por ciento), al analizar la evolución interanual, se constata la pérdida de activos, tanto de hombres (cuya caída es de un 1,1 por ciento) como de mujeres (que disminuyen en un 2,3 por ciento).

La actividad en el sector industrial se reduce levemente en el caso de los hombres (en un 2,1 por ciento) y crece un 3,7 por ciento en el de las mujeres. El sector servicios parece resultar el menos dinámico, pues es el que menores variaciones presenta, en términos interanuales y trimestrales, aumentando más las mujeres activas en este sector respecto al año anterior (en un 4,3 por ciento) que los hombres (1,5 por ciento).



Así, la tasa de actividad ha crecido en los últimos años, tanto entre los varones como, sobre todo, y siguiendo la línea de feminización del mercado laboral español, en el caso de las mujeres. La tasa de actividad alcanza la cifra del 69 por ciento para los varones y del 49 por ciento para las mujeres, dejando una tasa conjunta de actividad del 58,6 por ciento en el primer trimestre de 2007. Comparando con los países del entorno europeo, España se acerca ya a la media comunitaria (de los 27 países), que en el último trimestre de 2006, reflejaba una tasa de actividad femenina de 49,6, siendo algo superior si únicamente se considera el antiguo círculo de la Unión Europea de quince países, con una tasa de 50,2. En conjunto, la tasa de actividad española igualó, según datos de Eurostat, a la de la UE-15 en el cuarto trimestre de 2006 (con 57,9 en ambos casos).



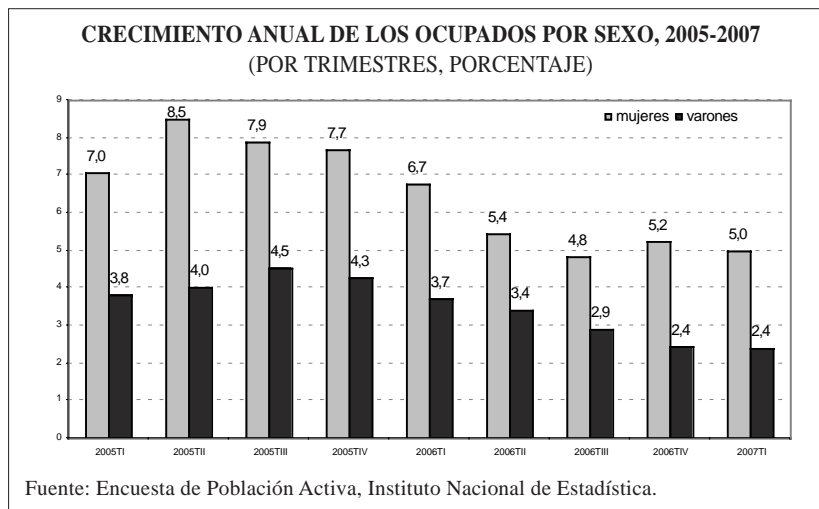
3. LA DEMANDA DE TRABAJO

El aumento del número de personas ocupadas en el primer trimestre del año 2007 sigue la tónica habitual de los primeros trimestres del año, alrededor de 600.000 personas más trabajando, lo cual supone un incremento del 3,4 por ciento respecto al mismo trimestre del año 2006. Sin embargo, este aumento es ligeramente inferior al registrado en los primeros trimestres de los últimos años, quizá apuntando el límite al que está llegando la capacidad de generación de empleo de la economía española.

Atendiendo al número de ocupados por sexo, el porcentaje de mujeres ocupadas continúa creciendo de forma imparable, acercándose ya al 41 por

ciento en el primer trimestre de 2007. Es decir, desde el primer trimestre de 1996, la proporción de mujeres entre la población ocupada ha crecido en 6,4 puntos porcentuales (ha pasado de representar el 34,6 por ciento, al 40,9 por ciento), situándose en 8.214.700 mujeres ocupadas, por 11.854.600 varones.

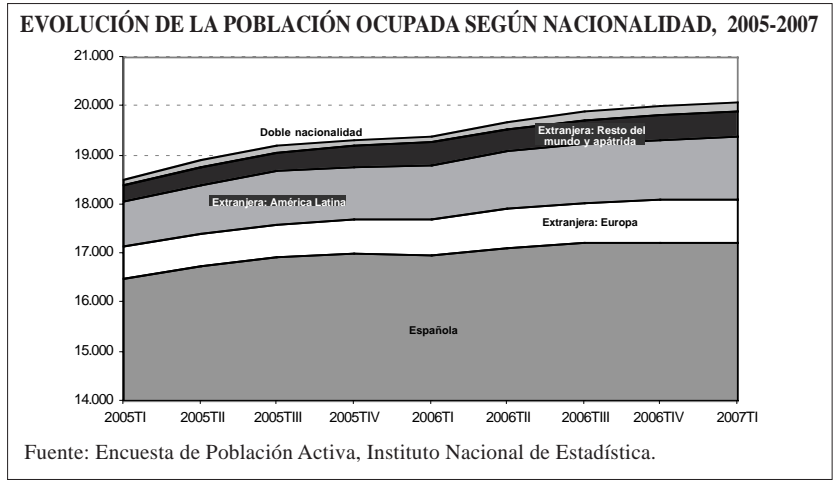
En los últimos años, las variaciones interanuales en el número de ocupadas han sido siempre superiores a las de los hombres, aunque, desde el segundo trimestre de 2005 (cuando el crecimiento anual en el número de ocupadas se situó en el 8,5 por ciento y el de varones, en el 4 por ciento), parece que se ha reducido la brecha en el ritmo de crecimiento del empleo entre uno y otro sexo, permaneciendo el aumento anual de las mujeres ocupadas en el 5 por ciento, mientras el de los varones se queda en la mitad, el 2,4 por ciento.



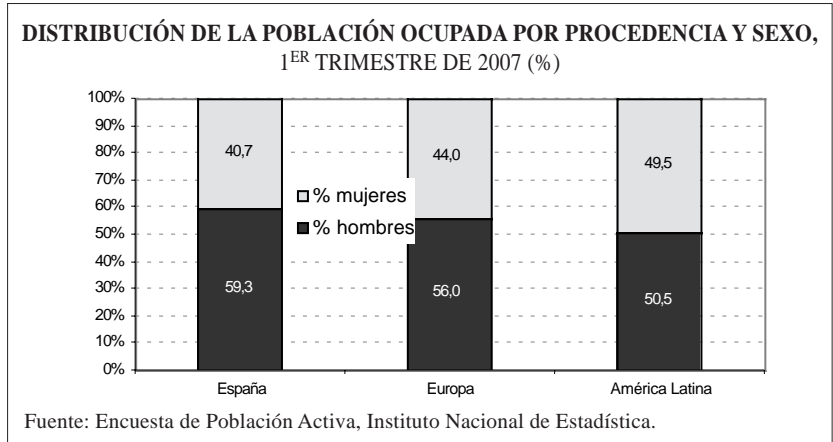
De nuevo, este incremento de la población ocupada se debe fundamentalmente al aumento de extranjeros ocupados, muy por encima de los españoles: la variación interanual de la población española ocupada ha sido del 1,63 por ciento (para alcanzar los 17.2036.100 ocupados), frente al 15,39 por ciento de aumento de la población extranjera (asentándose por encima de los dos millones y medio, 2.653.300, de ocupados extranjeros), repartida básicamente entre un aumento del 18,03 de la población europea en conjunto (878.400 europeos ocupados) y una subida del 15,36 por ciento interanual de la población extranjera latinoamericana (1.283.300 ocupados).

Con la incorporación, desde el 1 de enero de 2007, de Bulgaria y Rumanía a la Unión Europea (que con esta nueva ampliación cuenta ya con 27 países), la estructura de la población ocupada extranjera en nuestro país, varía ligeramente, pues el colectivo de rumanos es muy amplio, pasando a

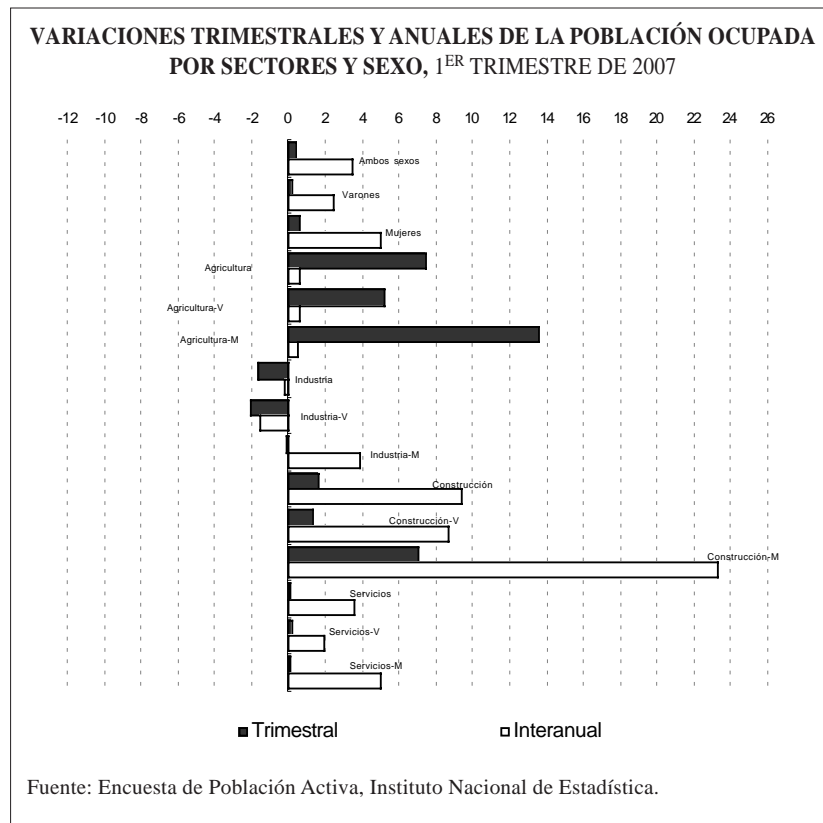
engrosar, ahora, las filas de los extranjeros de la Unión Europea. Así, mientras en el último trimestre del año anterior el 12,2 por ciento de los extranjeros pertenecían a la Unión Europea, dicho porcentaje se ha más que duplicado, alcanzando el 29 por ciento del total de la población extranjera ocupada.



La estructura por sexos repite el mismo patrón, ya sea la población ocupada española o extranjera, siendo la proporción de hombres ocupados del 59 por ciento en términos generales, sólo un punto mayor en el caso de los españoles y otro inferior en el de los extranjeros. La proporción de mujeres ocupadas, sin embargo es mayor entre la población que procede de América Latina que entre la europea o española, y teniendo en cuenta el peso que tiene, incide aún más en la feminización del mercado de trabajo en España.

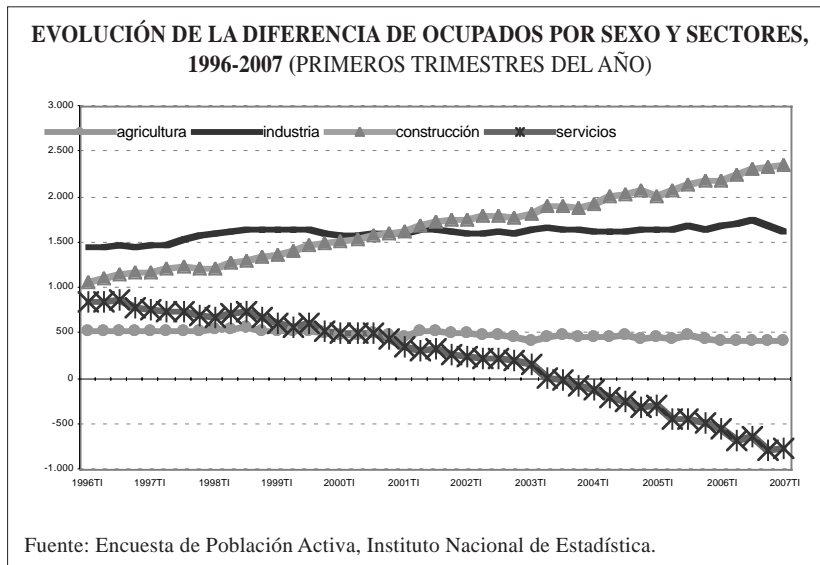


Al tener en cuenta la distribución sectorial, las variaciones más destacadas se sitúan en la agricultura y en la construcción, ambas en aumento, tanto en términos trimestrales (sobre todo, en el caso de la agricultura), como en términos interanuales, entre las que destaca sobremanera el fuerte incremento del número de mujeres ocupadas en este sector, tradicionalmente de corte masculino: hay 28.500 mujeres más empleadas con respecto al primer trimestre de 2006, para alcanzar un total de 151.300 mujeres en el sector de la construcción (quedando, aún así muy lejos de los más de dos millones y medio de varones empleados en este sector).



El diferencial entre ambos sexos aumenta en el sector de la construcción (a pesar del incremento en el número de mujeres ocupadas en este sector, es cada vez mayor la diferencia a favor de los hombres, con un incremento del 122,0 por ciento entre el primer trimestre de 1996 y el de 2007), mientras se mantiene considerablemente estable en los sectores de la industria (que cuenta con alrededor de 1.600.000 hombres ocupados por encima

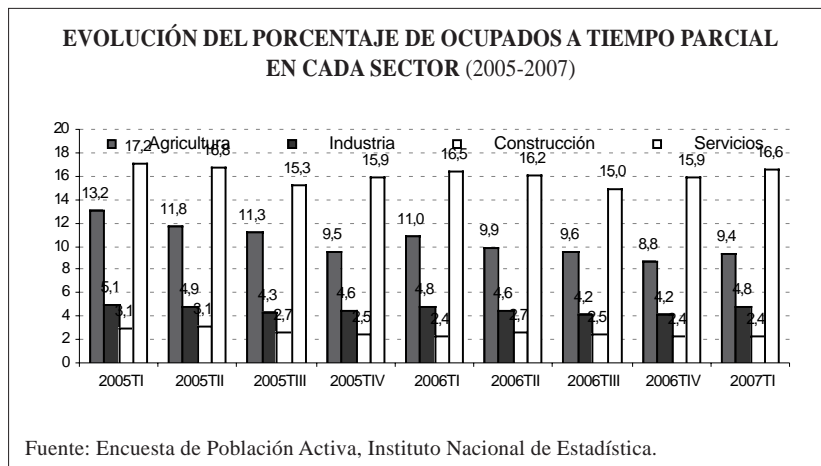
del número de mujeres ocupadas, de media entre los primeros trimestres de 1996 y 2007) y la agricultura (con casi 500.000 hombres más, de media durante el periodo considerado). Por el contrario, el sector servicios ha experimentado un vuelco en cuanto a su estructura de ocupación por sexos: hasta el año 2003 siempre había mayoría de hombres ocupados por encima del número de mujeres ocupadas, pero a partir del segundo trimestre de ese año la situación se invierte a un ritmo vertiginoso, con 773.000 mujeres más ocupadas en este primer trimestre del año 2007.



Es en este sector servicios donde, además, continúan predominando los contratos a tiempo parcial, con un 16,6 por ciento de asalariados de este tipo, en el primer trimestre de 2007, seguido, cada vez a más distancia, del sector agrícola (donde el 9,4 por ciento de los asalariados trabajan a tiempo parcial). En los sectores de la industria y la construcción la jornada a tiempo parcial continúa teniendo una incidencia menor (apenas el 4,8 y el 2,4 por ciento, respectivamente, de los asalariados en estos sectores tienen una jornada a tiempo parcial).

Llama la atención, a su vez, el que la inmensa mayoría de los contratos a tiempo parcial (el 78,6 por ciento) recaiga sobre las mujeres, especialmente, en este sector servicios (donde el 80,5 por ciento de los contratos a tiempo parcial en el sector servicios lo ocupan mujeres, lo cual representa que el 25,2 por ciento de las mujeres empleadas en este sector, trabajan con un contrato a tiempo parcial). Otro sector destacado es el de la industria, pues

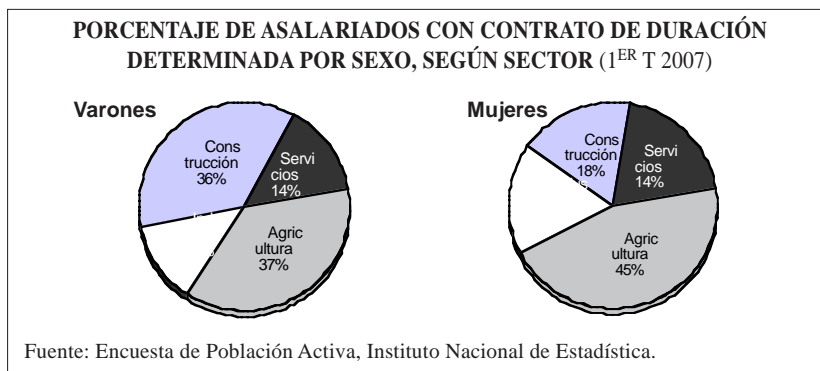
el 76,9 por ciento de los ocupados a tiempo parcial son del sexo femenino, aunque, al ser un sector con menor penetración de la contratación a tiempo parcial, resulta que sólo el 14,8 por ciento de las mujeres empleadas en la industria lo hace a tiempo parcial. Se puede decir entonces que el empleo a tiempo parcial es, de forma abrumadora, una cuestión de mujeres.



Otro aspecto relevante al analizar la situación de la demanda de trabajo en España es la temporalidad. El número de contratados temporalmente se ha reducido (ligeramente, eso sí) en los dos últimos trimestres, apostándose la tasa de temporalidad aún en un elevadísimo 32 por ciento (que se corresponde con 5.276.800 asalariados con contrato de duración determinada). Siempre superior en el caso de las mujeres, sin embargo, también en este aspecto se ha acortado la diferencia, situándose en únicamente 2,3 puntos porcentuales, frente a los casi 5 que se registraron en el mismo periodo del año anterior.

El sector con mayor tasa de temporalidad entre los varones es el de la construcción, por encima de la agricultura, que tradicionalmente había sido el sector más temporal hasta el cuarto trimestre de 2005. Este sector agrícola sí se mantiene como el más temporal entre las mujeres (con una tasa del 45 por ciento). En el extremo contrario, los sectores con mayor penetración de los contratos de carácter indefinido son la industria y los servicios, en el caso de los varones, y la industria y la construcción en el de las mujeres.

De esta forma, el sector servicios se presenta como el más feminizado, con lo que todo ello supone: también es donde se concentra mayor proporción de contratos con jornada parcial. Sin embargo, no es que el tiene mayor número de contratos de carácter temporal.



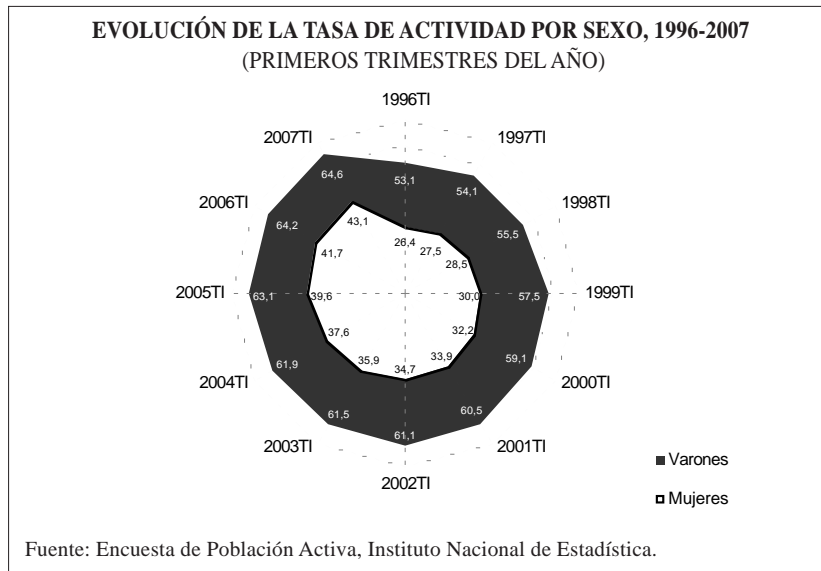
Una de las cuestiones fundamentales a la hora de hablar sobre el grave problema de la temporalidad en España, es la propia duración de los contratos temporales. Aunque la mayoría de los contratos están catalogados como «no clasificable» (el 46,2 por ciento), casi la mitad de los asalariados temporales (el 45,1 por ciento) tienen contratos que duran menos de un año, y el 14 por ciento, menos de tres meses. La ligera disminución de los contratos temporales se puede achacar a los contratos de duración más corta (de menos de un mes) mientras, por el contrario, son los contratos de más larga duración (más de 2 años), aun siendo los menos, los que más están aumentando, tanto entre hombres como entre mujeres.

NÚMERO DE ASALARIADOS SEGÚN LA DURACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CARÁCTER TEMPORAL (1^{ER} T 2007)

	Ambos sexos			Varones			Mujeres		
		var trim	var anual		var trim	var anual		var trim	var anual
Total de asalariados	16.514,5	0,3	3,9	9.426,6	0,2	2,8	7.087,9	0,4	5,5
Tasa temporalidad	32,0	-5,5	-4,1	31,0	-3,3	-0,9	33,2	-8,1	-8,0
Asalariados con contrato									
temporal	5.276,8	-5,2	-0,4	2.920,7	-3,1	1,9	2.356,2	-7,8	-3,0
1 día	20,7	-12,3	3,0	11,6	-5,7	16,0	9,1	-20,2	-9,9
De 2 días a menos de 1 mes	119,8	2,2	-15,7	57,7	7,6	-14,9	62,1	-2,4	-16,3
De 1 a 3 meses	598,8	-17,8	2,9	284,3	-16,1	0,9	314,5	-19,3	4,7
De 4 a 6 meses	1.002,0	1,3	-5,1	546,9	5,8	1,1	455,1	-3,6	-11,6
De 7 a 11 meses	340,0	10,0	-0,8	134,9	11,7	1,8	205,1	9,0	-2,4
De 1 a menos de 2 años	498,0	-2,6	-5,6	256,7	-1,8	-3,7	241,3	-3,6	-7,4
De 2 a menos de 3 años	89,5	-0,9	33,0	47,3	-10,4	8,2	42,2	12,8	78,8
3 años o más	171,6	7,9	12,8	111,1	10,8	14,8	60,4	2,9	9,2
No clasificable	2.436,5	-7,7	1,3	1.469,9	-5,6	3,0	966,4	-10,9	-1,3
No sabe pero menos de 1 mes	36,8	16,5	-9,4	22,0	20,9	3,3	14,7	9,7	-23,8
No sabe pero más de 1 mes	1.593,0	-10,8	6,0	969,4	-8,7	8,3	623,6	-13,9	2,7
No sabe la duración	806,7	-1,9	-6,5	478,5	0,5	-6,3	328,1	-5,3	-6,8

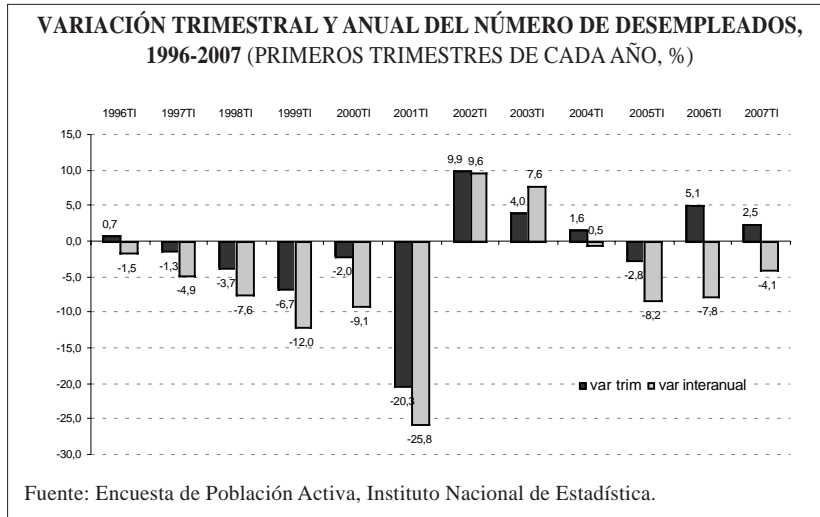
Fuente: Encuesta de Población Activa, Instituto Nacional de Estadística.

En definitiva, la tasa de empleo, se ha incrementado considerablemente, colocándose ya en el primer trimestre de 2007 en el 53,6 por ciento, 64,6 para los varones y 43,1 para las mujeres. Ha aumentado en casi 15 puntos porcentuales desde el primer trimestre de 1996 (desde apenas el 40 por ciento), de nuevo más en el caso de las mujeres (cuya tasa de empleo pasa de 26,4 en 1996 a 43,1 en 2007) que en el de los varones (con una evolución desde el 53,1 hasta el actual 64,6).

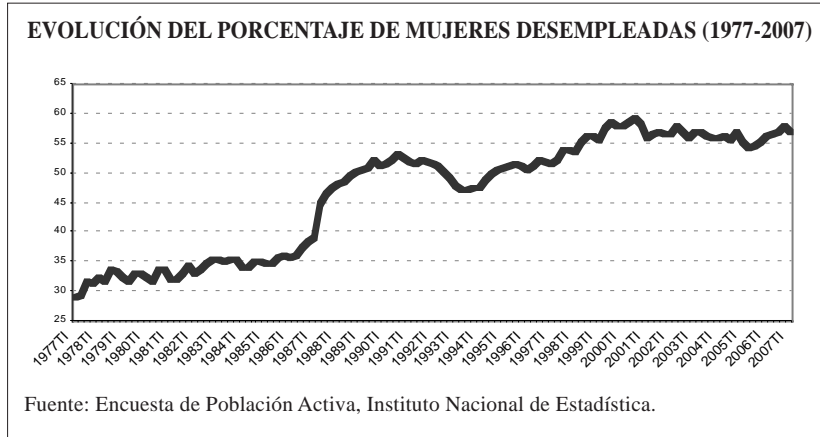


4. EL DESEMPLEO

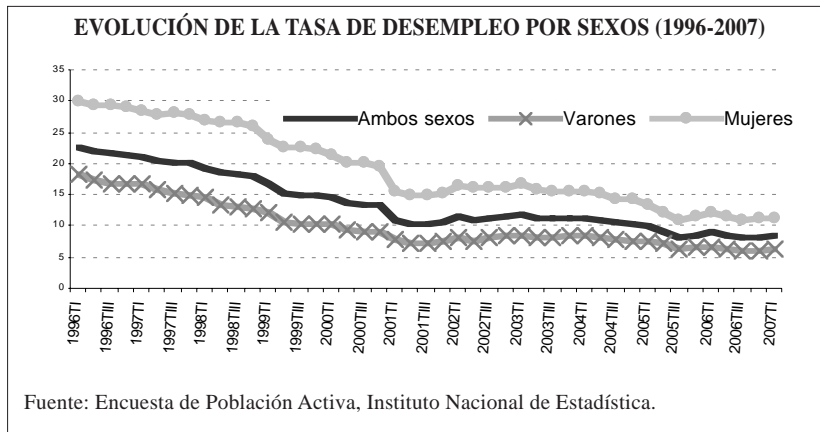
La tasa de desempleo, en el primer trimestre del año 2007, es del 8,5, dos décimas por encima del último trimestre del pasado año, pero seis por debajo del mismo trimestre del año 2006. El número de desempleados parece estabilizado durante todo el año anterior y comienzos de este, en torno a 1.800.000 desempleados. Hay 45.5000 desempleados más que en el cuarto trimestre de 2006, aunque casi ochenta mil menos que en el primer trimestre de ese año.



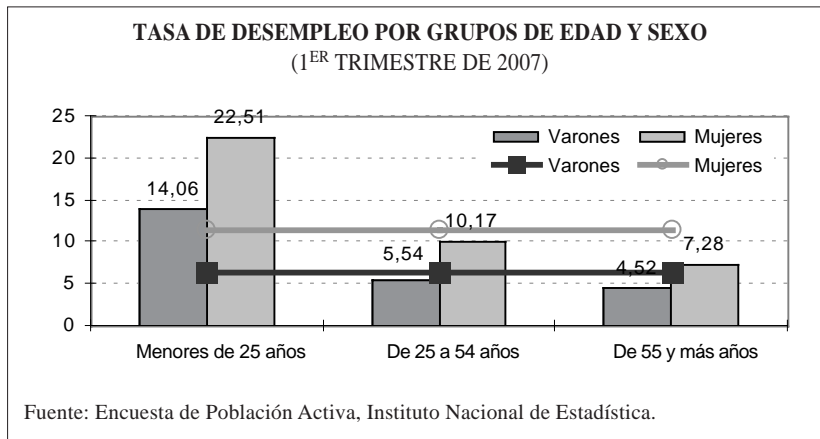
Al hilo de la feminización en el mercado de trabajo, la proporción de mujeres desempleadas ha experimentado, en los últimos treinta años, un aumento espectacular, representando a comienzos del año 1977 el 28,9 por ciento del total de la población desempleada, hasta casi duplicarse dicha proporción en el primer trimestre de 2007 (56,9 por ciento de mujeres desempleadas).



A pesar de ello, las tasas de paro se están reduciendo, para ambos sexos sí, pero especialmente se reduce la tasa de paro femenina, que ha caído casi 19 puntos desde el primer trimestre de 1996, al pasar del 30,1 al actual 11,4 por ciento. La tasa de paro masculina, aunque también se ha reducido, lo ha hecho en casi cuatro puntos y medio menos que la de las mujeres.

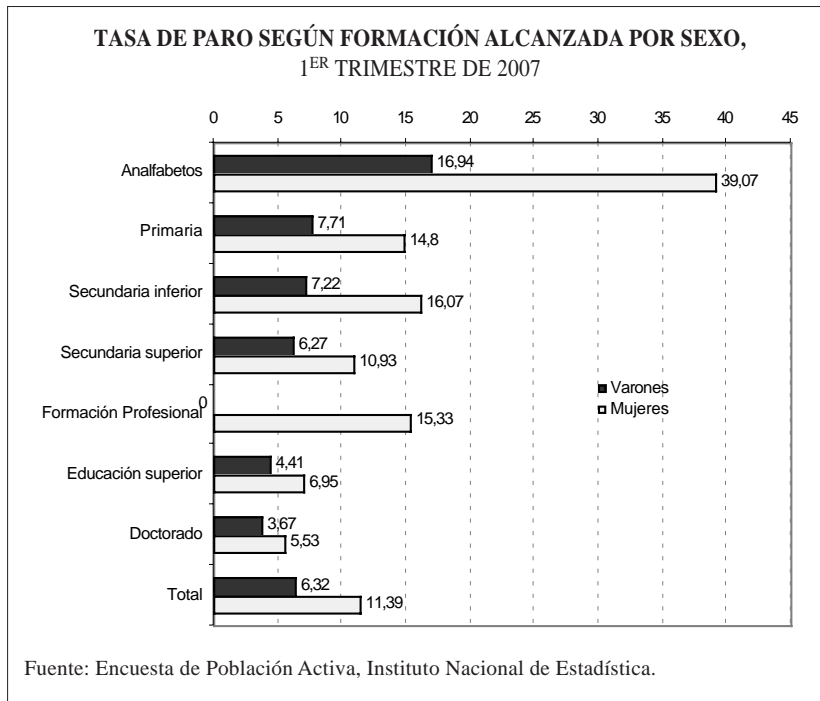


De entre todos los parados, son los menores de 25 años quienes sufren las tasas más elevadas de desempleo, de nuevo de forma más acusada entre las mujeres, para quienes dicha tasa alcanza el 22,51, por tan solo el 14,06 entre los jóvenes varones. Estas tasas repiten prácticamente los datos del último trimestre, aunque disminuye ligeramente la tasa de paro de los varones menores de 25 años frente a la situación del mismo trimestre del año anterior, y aumenta la de las mujeres en dicho grupo de edad, sucediendo de igual manera entre los varones y las mujeres de 55 y más años.

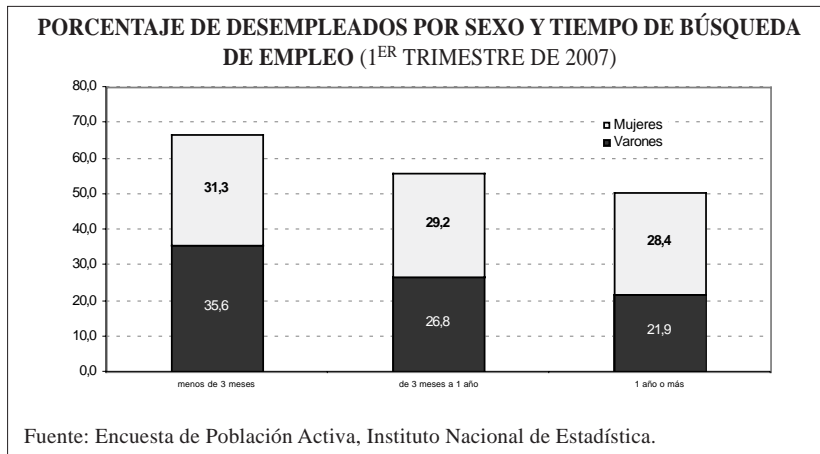


En cuanto a los niveles educativos alcanzados entre las personas desempleadas, priman los trabajadores (varones y mujeres) con un nivel educativo equivalente a la educación secundaria inferior. No obstante, a pesar de ser el grupo más numeroso, no presenta las mayores tasa de desempleo, que

se corresponden con los que no tienen ningún tipo de formación (analfabetos). Y, nuevamente, la tasa de paro entre las mujeres analfabetas alcanza las cotas más altas (con una tasa del 39,1), siendo el colectivo que mayor incremento de paro ha conocido en el último trimestre. Aunque en todos los niveles educativos las tasas de paro castigan más a las mujeres, destaca el hecho de que no exista desempleo para los varones con estudios de formación profesional, mientras dicha tasa de desempleo es del 15,3 por ciento entre las mujeres.

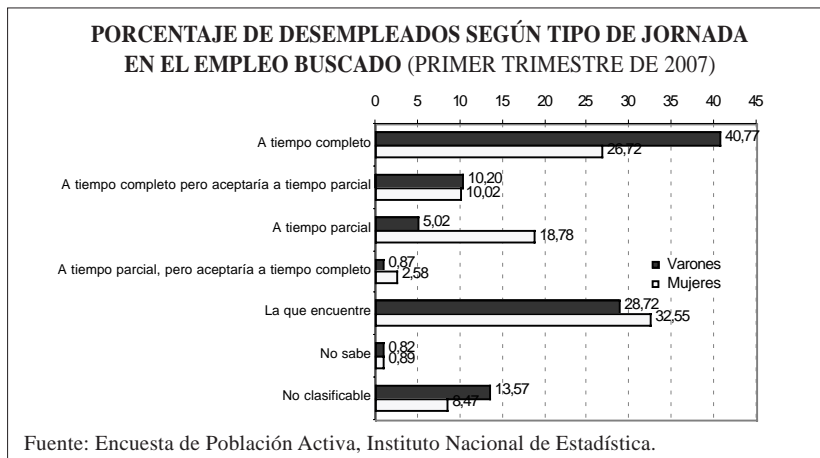


El tiempo dedicado a la búsqueda de empleo se viene reduciendo paulatinamente en los últimos años, a medida que disminuye, asimismo, la tasa de desempleo. La mayoría de los desocupados llevan menos de tres meses buscando un empleo, siendo el grupo menos numeroso el de aquellos que llevan un año o más en busca de empleo, sobre todo entre los varones. De esta forma, el porcentaje de parados que llevan más de un año en situación de desempleo, es decir, lo que se conoce como desempleo de larga duración, disminuye hasta el 25,6 por ciento del total de desocupados, el 28,4 por ciento entre las mujeres y 21,9 entre los varones.



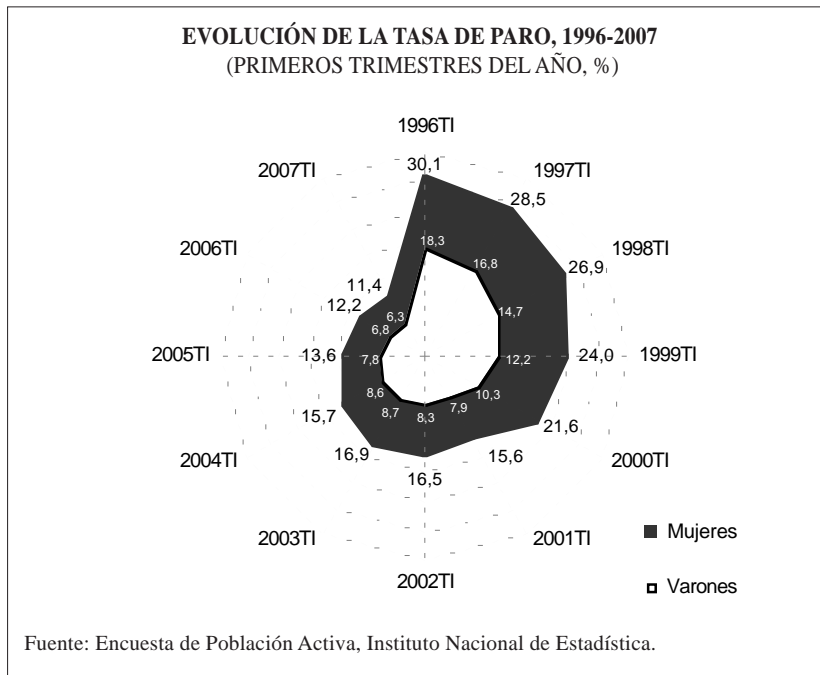
Como se veía en el apartado de demanda de trabajo, la inmensa mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres (el 78,6 por ciento). Pero es que en es un tipo de jornada que las mujeres buscan en una proporción mucho mayor que los hombres: el 21,36 por ciento de las mujeres prefiere un empleo con jornada parcial (aunque también acepte uno a tiempo completo), frente a únicamente el 5,89 por ciento de los hombres. Esta diferencia refleja la estructura familiar que continúa predominando en la sociedad española, donde recae sobre la mujer el cuidado de niños y familiares dependientes, así como las atenciones del hogar en general.

Esta preferencia creciente por el empleo a tiempo parcial explica también la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo, al facilitar la denominada conciliación de la vida laboral y familiar, es decir compaginar el trabajo profesional fuera del hogar con el cuidado del mismo.



El coste salarial por hora en el sector servicios para los trabajadores a tiempo parcial es de 8,31 euros, mientras a tiempo completo en el sector servicios cobran 11,86 euros la hora. En total, considerando ambas jornadas, el coste salarial medio por hora trabajada, en el conjunto de la economía, se sitúa en 11,22 euros. Por tanto, al ser el sector servicios el que presenta mayor proporción de mujeres empleadas a tiempo parcial, que es resulta que es donde menos se cobra, aun cuando el empleo a tiempo parcial no sea estrictamente una precarización del trabajo, en estos términos sí lo representa para las mujeres. Aunque al mismo tiempo sea, posiblemente, la única posibilidad de incorporarse al mercado laboral, al permitir, como se ha dicho, la llamada conciliación de la vida laboral y familiar.

En la última década, el cambio más espectacular que se ha producido en el mercado laboral español proviene de la reducción en las tasas de desempleo, tanto masculina como femenina, pasando, en conjunto, de una tasa de paro de 22,8 en el primer trimestre de 2006, a la actual de 8,5. La reducción ha sido similar en ambos sexos, de alrededor del 64 por ciento entre los primeros trimestres de 1996 y 2007, situando a la tasa de desempleo masculina en el 6,3 por ciento, y la femenina en el 11,4 por ciento, niveles que no se registraban en el mercado laboral español desde finales de la década de los años setenta.



5. CONDICIONES DE TRABAJO

El coste laboral medio por trabajador y mes en el primer trimestre de 2007 se elevó en un cuatro por ciento respecto al año anterior, alcanzando los 2.198,52 euros. El ritmo de crecimiento interanual más elevado se registró en el sector de la construcción (5,0 por ciento), seguido de la industria (4,2 por ciento).

En cuanto al coste laboral por hora trabajada, el sector que presenta mayores incrementos, en términos interanuales, ha sido el de la construcción, con un crecimiento del 4,7 por ciento en el año, seguido de la industria (4,5 por ciento).

COSTE LABORAL MEDIO POR TRABAJADOR AL MES Y POR HORA POR SECTORES, PRIMER TRIMESTRE DE 2007

Sector	Coste laboral por trabajador			Coste laboral por hora		
	Euros	Variación trimestral	Variación interanual	Euros	Variación trimestral	Variación interanual
Industria	2.527,24	-5,4	4,2	16,72	-12,6	4,5
Construcción	2.111,64	-7,3	5,0	13,58	-14,3	4,7
Servicios	2.128,23	-4,1	4,0	15,40	-9,5	4,3
Total	2.198,52	-4,9	4,0	15,37	-10,8	4,3

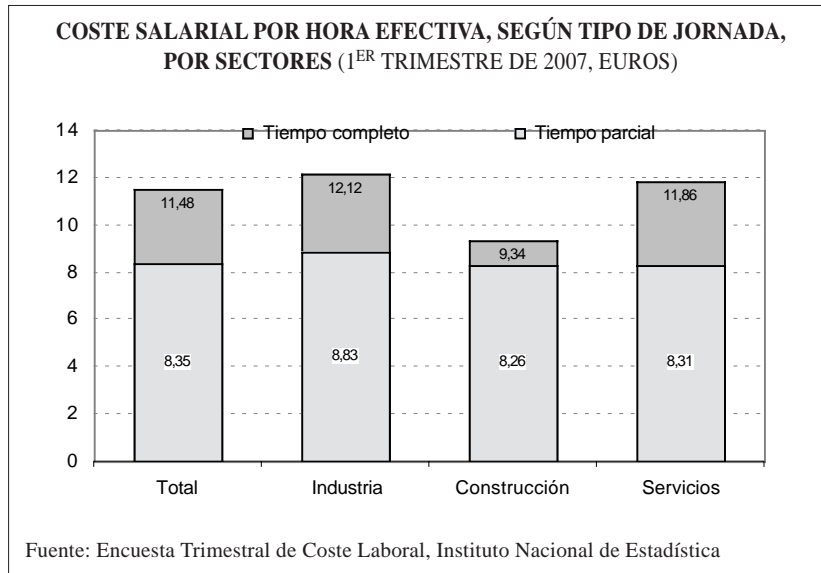
Fuente: Encuesta Trimestral de Coste Laboral, Instituto Nacional de Estadística

Atendiendo al coste salarial por hora efectiva, dependiendo del tipo de jornada y sector, se observa un crecimiento anual ligeramente inferior en el coste salarial de la jornada partida (de un 4,2 por ciento respecto al primer trimestre de 2006, frente a un 4,6 por ciento de aumento en el caso de la jornada a tiempo completo). Analizando por sectores, mientras en la industria el coste salarial por hora aumenta un 4,2 por ciento en las jornadas completas, sólo se incrementa en un 2,2 por ciento en las jornadas a tiempo parcial. De nuevo en el sector servicios se produce una diferencia algo menor, con un aumento del 5 por ciento en los trabajos a tiempo completo y únicamente del 4,3 cuando se trabaja a tiempo parcial. El único sector donde la situación se invierte es en la construcción, que registra incrementos del 5,2 y 7 por ciento para jornadas a tiempo completo y parcial, respectivamente.

Así, el coste salarial por hora efectiva en el trabajo a tiempo completo se encuentra, en el primer trimestre de 2007, en 11,48 euros, frente a los 8,35 euros que se pagan por el mismo trabajo realizado en jornada a tiempo parcial.

En todos los sectores la diferencia salarial por hora según el tipo de jornada es similar, entre los tres euros y los tres euros y medio, salvo en el

sector de la construcción, donde la brecha se reduce hasta apenas superar el euro (1,08).



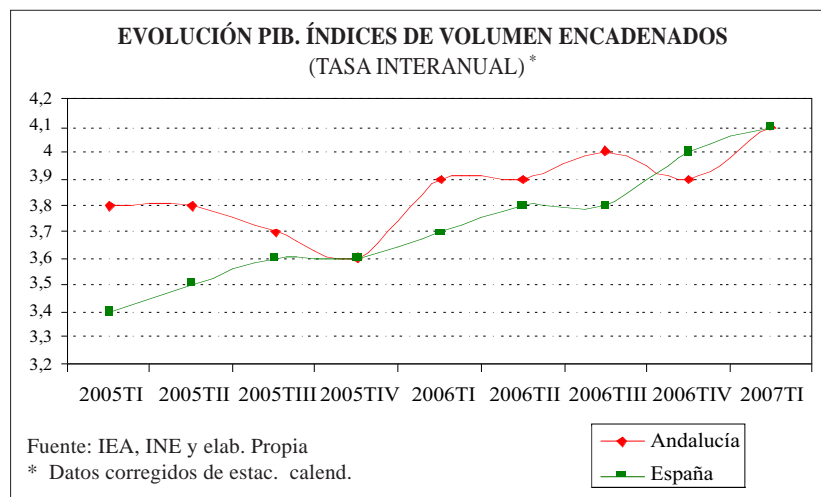
6. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

En los epígrafes anteriores hemos llevado a cabo una exposición de las características más relevantes de lo acaecido en el mercado de trabajo español a lo largo del primer trimestre de 2007, poniendo especial énfasis en los valores de las variables laborales para las mujeres. Siguiendo con la estructura que tradicionalmente se ha planteado en artículos anteriores, vamos a presentar la evolución de las principales variables laborales en el ámbito geográfico de Andalucía.

Al igual que en los periodos anteriores, una de las características más relevantes de la evolución de las variables socioeconómicas andaluzas es el mantenimiento de las altas tasas de crecimiento económico especialmente referidos a la media de la U.E. y en especial en relación a lo ocurrido en las economías de los países centrales de la Unión. Este buen comportamiento de la economía nacional sigue siendo la característica básica de la economía andaluza. Los datos puestos a disposición por el IEA presentan una estimación provisional del crecimiento del PIB del primer trimestre de 2007 de un 4,1% una tasa semejante a la del conjunto de la economía española. Por sectores el crecimiento más elevado se encuentra en el sector de la construcción (5,0%) mientras el más reducido se halla en el sector de la cons-

trucción (1,6%). El sector de la industria tiene una tasa de crecimiento interanual estimada provisionalmente en el 2,5%, mientras que en el sector servicios la tasa de crecimiento ha sido del 4,1%.

Según la última información disponible, proporcionada por el Instituto de Estadística de Andalucía (Contabilidad Regional Trimestral de Andalucía. Base 2000), el crecimiento real de la economía andaluza en el primer trimestre de 2007 fue **del 4,1%**¹ interanual, dos décimas superior al del trimestre precedente e igual al registrado en España en dicho período. Asimismo, en el conjunto del año 2006 Andalucía creció a una tasa del 3,9%, similar a la nacional.



Por otro lado, desde el punto de vista comparativo, el resultado del primer trimestre ha eliminado el diferencial desfavorable que nuestra Comunidad presentaba en el último trimestre del año anterior, con una tasa de incremento del Producto Interior Bruto (a precios de mercado) una décima inferior a la media española. Si bien, hay que tener en cuenta que, desde principios del año 2006, Andalucía alcanzaba tasas de crecimiento más elevadas que las registradas en el conjunto nacional.

En este contexto, el crecimiento de la ocupación a nivel nacional y andaluz sigue siendo un elemento significativo. Según los datos de la Encuesta de Población Activa, la tasa de crecimiento interanual de la ocupación en Andalucía ha sido del 3,82% respecto al primer trimestre de 2006, mientras que a escala nacional, el crecimiento interanual del empleo se cifra en un

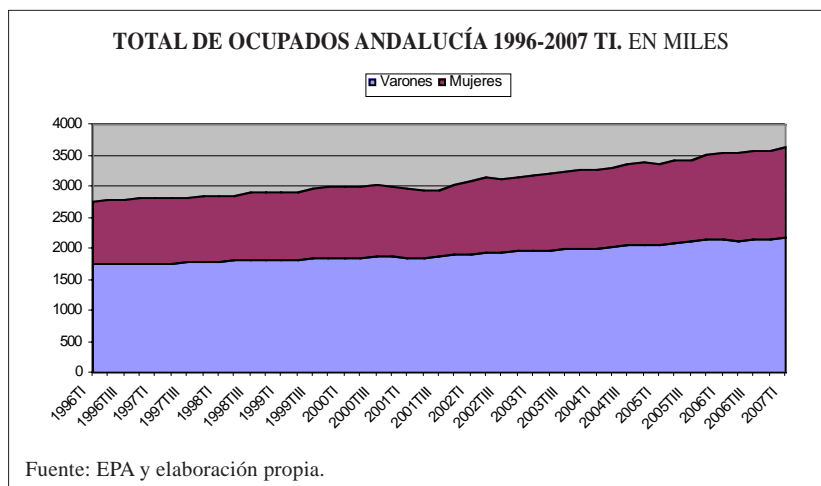
¹ Tasa interanual de variación del PIB pm. (Índices de volumen encadenados. Base 200). Datos corregidos de estacionalidad y efecto calendario.

3,45%. Por otro lado, el número total de desempleados se ha reducido en este trimestre respecto al mismo trimestre del año anterior. La reducción del desempleo en Andalucía se ha concretado en un 3,56% y en España en un 4,12%. Pasemos a continuación a analizar más detenidamente los aspectos de oferta de trabajo, demanda de trabajo y desempleo.

OFERTA DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

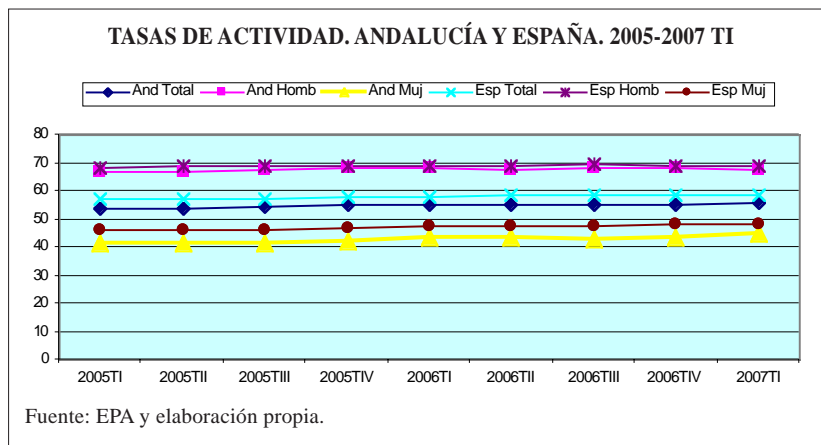
El número total de personas laboralmente activas en Andalucía se situó en el primer trimestre de 2007 en Andalucía en un total de 3.648.500 personas, lo que supone un aumento de 58.300 personas respecto al trimestre anterior. El incremento de población activa en este trimestre se distribuyó en un aumento de 6.200 hombres y de 52.100 mujeres. La tendencia creciente de la población activa se mantiene ya que la diferencia con respecto al mismo trimestre del año 2006 es de 100.700 personas activas, lo que representa un aumento del 2,84 % frente al 2,27% que aumentó en el trimestre anterior.

El número de personas nacionales activas en Andalucía se ha situado en 3.286,800 personas, 42.600 más que el trimestre anterior. El número de personas extranjeras activas en Andalucía se estima en 361,700, lo que significa un aumento de 15.700 en este trimestre. El efecto de la emigración es significativo y se puede calcular en torno al 9,9% del total de la oferta de trabajo andaluza. Sin embargo, en el ámbito nacional, es aún mayor el porcentaje de la oferta de trabajo de nacionalidad extranjera se sitúa en el 13.85%. La menor presencia relativa de la población emigrante en Andalucía señala un porcentaje de crecimiento potencial en el futuro.



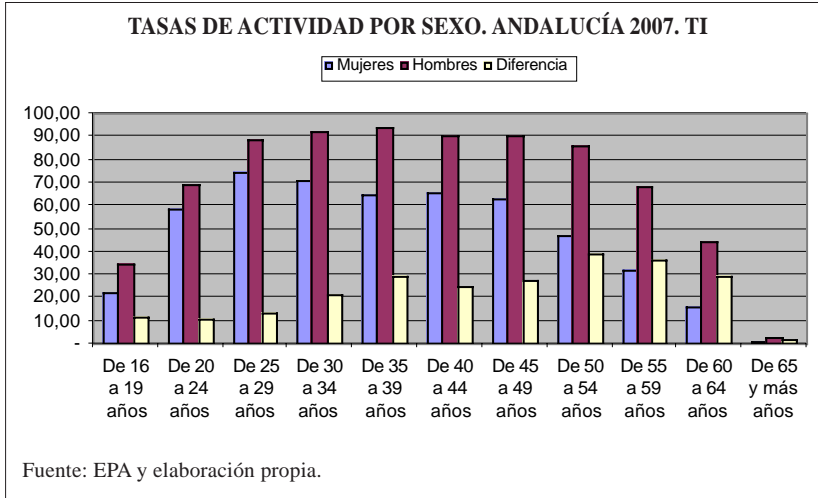
La evolución de la oferta de trabajo en Andalucía en los últimos diez años ha sido claramente creciente, como se observa en el gráfico. Y en este sentido, un factor esencial para explicar este crecimiento ha sido la mayor presencia de la mujer en el mercado laboral. En el primer trimestre de 1996 había 1.745.000 hombres y 999.000 mujeres laboralmente activos en Andalucía de acuerdo a los criterios de la EPA. En el primer trimestre de 2007 las cifras son de 2.171.500 hombres y 1.477.100 mujeres. En 1996 la diferencia entre sexos era de 746.000 efectivos, en el primer trimestre de 2007 la diferencia se ha reducido a 694.400 personas.

En el primer trimestre de 2007, la tasa de actividad media de Andalucía se sitúa en el 55,98%, lo que representa un aumento de seis décimas respecto al trimestre anterior y un aumentando 0,53 puntos respecto al mismo trimestre del año anterior. La diferencia con la tasa media de actividad nacional (58,58%) se ha situado en 2,60 puntos porcentuales. Las distancias entre las tasas de actividad masculina y femenina en Andalucía son todavía significativas. La tasa de actividad masculina ha descendido este primer trimestre de 2007, alcanzando la cifra de 67,75% acercándose a la media nacional (68,93%), por el contrario, la femenina ha subido 1.37 puntos, quedando en el 44.58%, siendo el valor nacional 48,61%. La convergencia en la tasa de actividad masculina es prácticamente total entre Andalucía y España, mientras que se sigue reduciendo la diferencia entre las tasas de actividad femeninas nacional y regional. Como ya se ha señalado, la diferencia entre la tasa andaluza y nacional se explica fundamentalmente por el colectivo femenino.

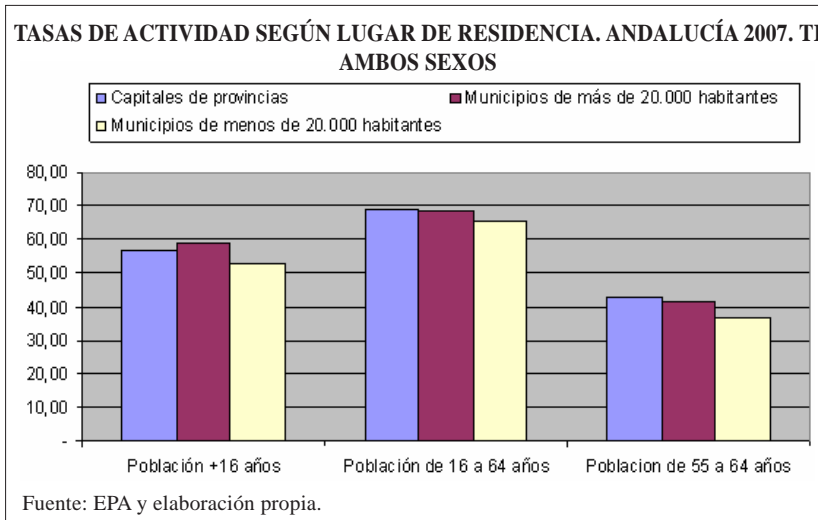


Como ya se ha puesto de manifiesto en ocasiones anteriores, la participación en el mercado laboral tiene condicionantes sociales muy significativos que se pueden poner de manifiesto si se segmenta la población consi-

derada atendiendo a otros atributos como el sexo o la edad. Las tasas de actividad femenina son más cercanas a las masculinas en los primeros tramos de edad pero a partir de los tramos de edad superiores a los treinta años, la diferencia entre ambas tasas de actividad se pone de manifiesto de forma significativa.

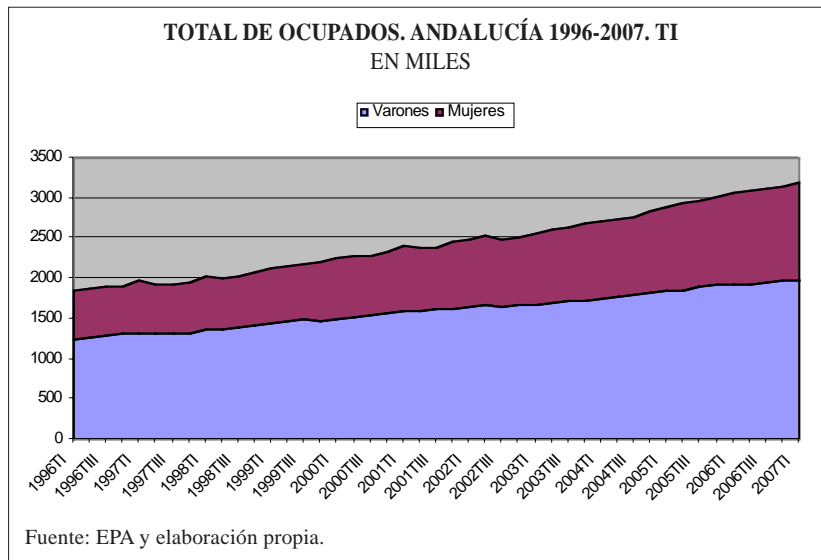


Otra variable que puede explicar diversos comportamientos de oferta de trabajo se puede encontrar en el lugar de residencia. Las tasas de actividad más altas se encuentran en las personas residentes en los mayores municipios, capitales de provincias o de más de 20.000 habitantes.



LA DEMANDA DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

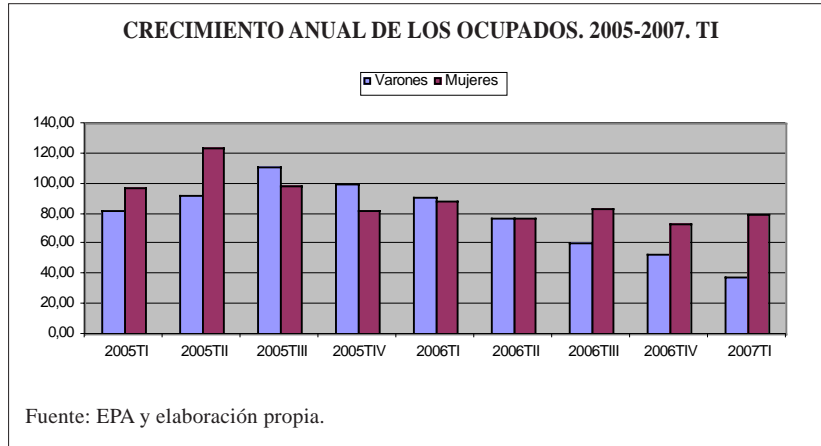
Como se ha señalado al comienzo del epígrafe dedicado al mercado laboral andaluz, una de las más importantes características es el crecimiento sostenido del empleo. En el primer trimestre de 2007, en Andalucía, la cifra de ocupados alcanzó las 3.192,300 personas (3.151.700 personas en el trimestre anterior), lo que representa un 15,90% del total de la ocupación en España. Se mantiene la tendencia al crecimiento de la ocupación en Andalucía que en este trimestre ha aumentado en 40.600 personas, (49.900 mujeres que compensan la bajada de 9.300 hombres este trimestre). Si se compara con las cifras de ocupación del mismo trimestre del año anterior se observa que el aumento ha sido de 117.500 personas, lo que significa un crecimiento de la ocupación en Andalucía de un 3,82% respecto al mismo trimestre del año anterior (en el cuarto trimestre de 2006 la tasa interanual de crecimiento de la ocupación fue del 4,18%) mientras que en el conjunto de España, la tasa de aumento de la ocupación fue del 3,45% (también algo inferior al del trimestre anterior 3,56%).



Como se observa en el gráfico, la evolución de la ocupación en Andalucía muestra una tendencia positiva sostenida desde mitad de los años noventa. Este importante aumento de la ocupación ha sido especialmente destacado en el caso de las mujeres. En el primer trimestre de 1996 el número de hombres ocupados era de 1.253.200 mientras que la ocupación femenina se situaba en 589.000. El número de mujeres ocupadas ha crecido en un

107,97% en el periodo considerado, mientras que el número de varones ocupados ha crecido en un 56,98%, en el mismo periodo.

En los últimos trimestres, el ritmo de crecimiento anual de la ocupación ha sufrido una cierta desaceleración, especialmente en el empleo de los varones, mientras que se ha mantenido más estable entre las mujeres.

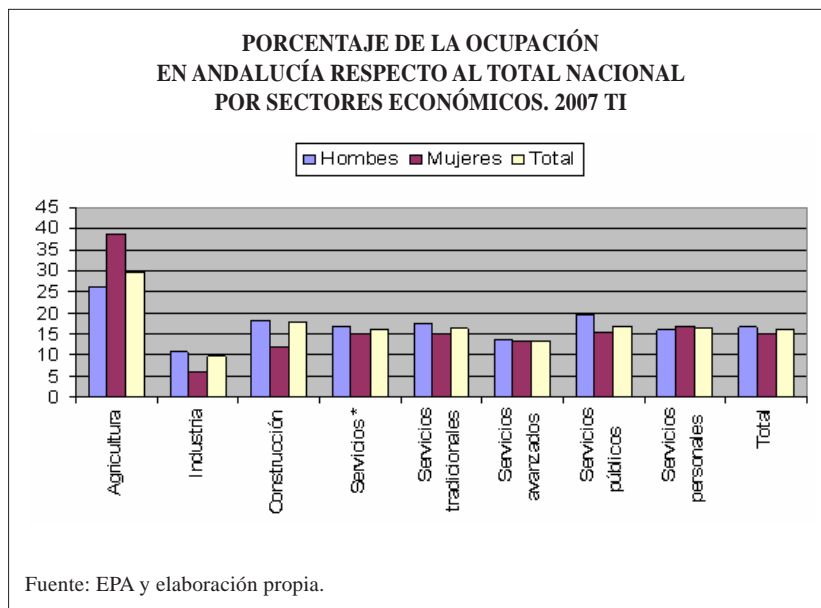


En lo que se refiere a la nacionalidad de los ocupados, en el primer trimestre de 2007 el INE recoge un total de 307.400 ocupados con nacionalidad extranjera. Esto significa que el 9,6% del total de los ocupados en Andalucía son extranjeros, mientras que esta presencia en el conjunto nacional asciende al 13,22%.

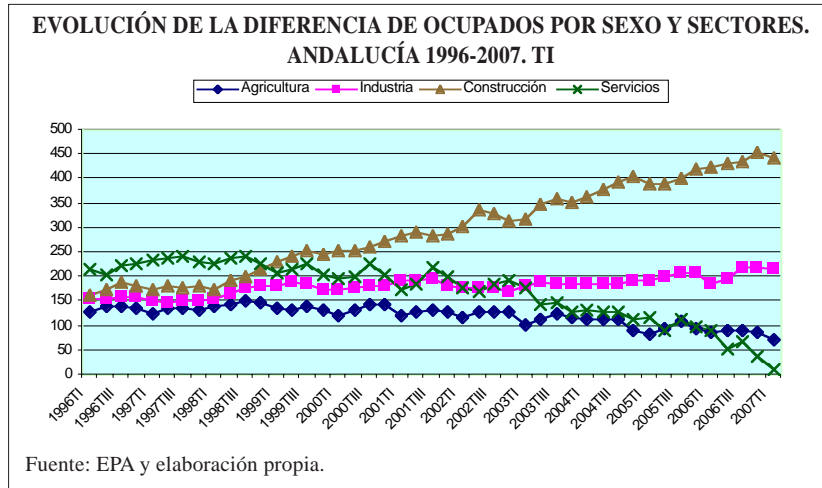
En cuanto a los sectores de actividad económica, según los datos disponibles en el primer trimestre de 2007 el empleo ha crecido en el último año de forma sustancial en los servicios (90.800 personas) seguido de la construcción (27.700), la industria prácticamente no ha cambiado de ocupación respecto al mismo trimestre de 2006 mientras que en la agricultura se ha perdido empleo (2.400). En términos absolutos, la ocupación está especialmente concentrada en el sector servicios que ocupa en el primer trimestre de 2007 a más de dos millones cien mil andaluces (2.100.300). Este grupo se puede diferenciar en cuatro subgrupos de servicios, el que ocupa mayor número de personas este trimestre (900.500) es el de los Servicios Tradicionales, el cuál engloba al comercio, la hostelería, transporte, correos y telecomunicaciones, seguido por el subsector de los Servicios Públicos (605.400 personas), los Servicios Avanzados, que comprenden la intermediación financiera, las actividades inmobiliarias y los servicios empresariales, (317.000 personas) y, por último, los Servicios Personales (262.500 personas), que incorpora a las actividades deportivas, culturales, recreativas, hogares que emplean personal doméstico, etc.

El sector de la construcción ocupó en el periodo de referencia a 480.800 personas, la industria a 317.000 personas y la agricultura a 294.100 personas. La tendencia en los últimos años es a un mayor peso del sector servicios, así como del empleo en la construcción, mientras que el empleo en la industria parece estabilizado y la ocupación en el sector agrícola pierde peso aunque con un fuerte componente estacional.

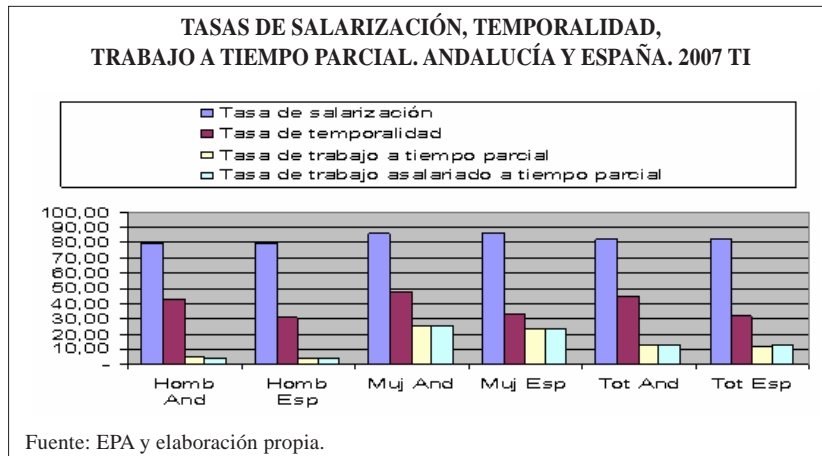
Con respecto al total nacional, Andalucía en el primer trimestre de 2007 representa un porcentaje del 29,17% del total de ocupados en el sector de la Agricultura, un 18.04% del total de la construcción, el 15,97% del total de la ocupación nacional en Servicios y el 9,70% del total de la ocupación en la industria. A su vez, de los cuatro subsectores en que se ha dividido los servicios, el grupo de los servicios avanzados presenta un menor porcentaje respecto al total nacional (13,50%), mientras que los servicios públicos representan en Andalucía el 16,99% del total nacional.



La estructura de la ocupación en Andalucía respecto al total nacional muestra una especialización en el sector agrícola y en especial para el caso de las mujeres que representan casi el 40% del total de mujeres ocupadas en España en ese sector. Por el contrario, la ocupación en Andalucía en el sector industrial tiene un peso reducido en torno al 10,8% del total nacional aunque la representación de las mujeres en este sector alcanza el 6%.

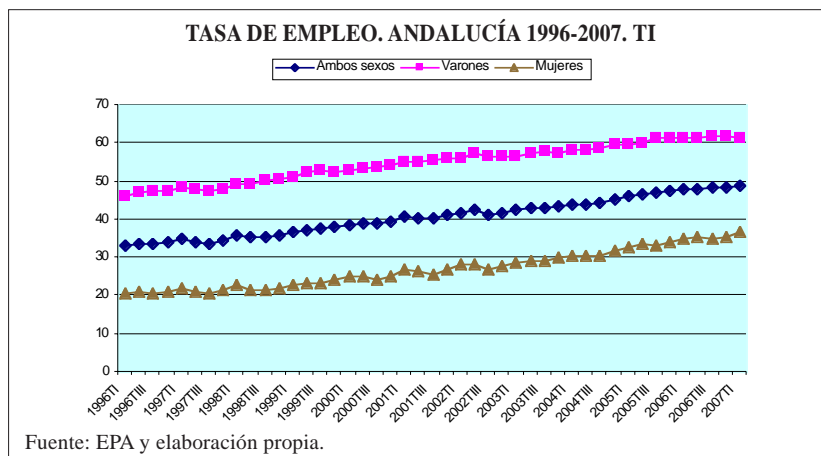


Si se tiene en cuenta el diferencial de ocupación entre ambos sexos atendiendo a los diferentes sectores productivos en Andalucía se observa que mientras que se mantiene estable en el sector industrial en torno a doscientos mil hombres más que mujeres, en coincidencia con lo que ocurre a escala nacional, en el sector Agrícola se presenta una ligera tendencia a la reducción. Por el contrario, dos sectores económicos mantienen evoluciones muy divergentes. En primer lugar el sector de la construcción donde el diferencial de la ocupación masculina respecto a la femenina se ha disparado, al ser este sector de preeminencia del empleo masculino. Por el contrario, en el sector de los servicios el diferencial de empleo se reduce sustancialmente, de forma más acentuada a partir de comienzos del nuevo siglo. La presencia de las mujeres en el sector servicios es significativa.



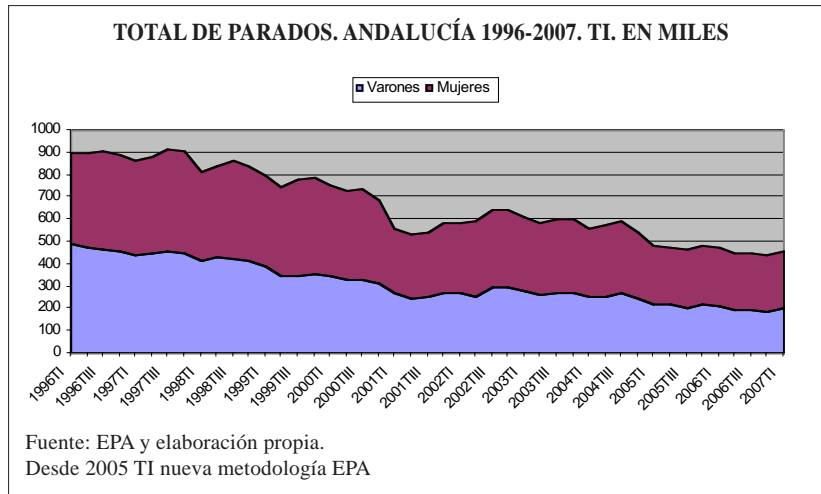
Con respecto al tipo de relación laboral, se puede caracterizar el empleo atendiendo algunas tasas significativas. La tasa de salarización que calcula el porcentaje de los asalariados respecto a los ocupados. En este caso las tasas son mayores para el colectivo femenino y ligeramente mayor para ambos grupos en Andalucía. La tasa de temporalidad mide el porcentaje de asalariados con contrato temporal respecto al total de asalariados. En este caso el valor de la tasa es muy superior para los grupos de Andalucía que para la media nacional. La tasa de trabajo a tiempo parcial mide el porcentaje de asalariados a tiempo parcial sobre el total de asalariados. En este caso, la variable más significativa es el sexo, siendo el trabajo a tiempo parcial más intensivo entre las mujeres. Es de destacar también que el 21,48% del total de asalariados con contrato temporal en España se encuentran en Andalucía. La última tasa mide el porcentaje de ocupados a tiempo parcial sobre el total de ocupados y como se observa los valores son casi idénticos al de la tasa anterior por ser la ocupación a tiempo parcial prácticamente en exclusiva trabajo asalariado.

El conjunto de la evolución de las variables laborales relativas al empleo se pueden sintetizar en un único índice como es el de la tasa de empleo. La tasa de empleo en Andalucía ha crecido sustancialmente desde mitad de los años noventa como consecuencia del buen comportamiento de la creación de empleo y la reducción del paro. La tasa media andaluza se situaba en el 33% a comienzos de 1996 y alcanza los 48,98% en el primer trimestre de 2007, ganándose casi 16 puntos. Como es tónica habitual, la tasa de empleo para los varones es superior al de mujeres. La tasa de empleo masculina ha crecido desde el 46,27% hasta el 61,38%, mientras que la tasa de empleo femenina ha crecido del 20,61% hasta el 36,97%. Estas cifras están en la senda marcada por los Objetivos de empleo de Lisboa, pero todavía alejados de su inicial cuantificación.



DESEMPLEO

Según los datos de la EPA referidos a Andalucía, el número de desempleados se situó en el primer trimestre de 2007 en 456.300 personas, lo que supone un aumento de 17.700 personas con respecto al trimestre anterior, y una reducción de 16.900 personas respecto al mismo periodo de 2006. Esto significa una reducción del paro del 3.56% en los últimos cuatro trimestres, mientras que a nivel nacional, la reducción del desempleo en este mismo periodo ha sido de 4.12%.

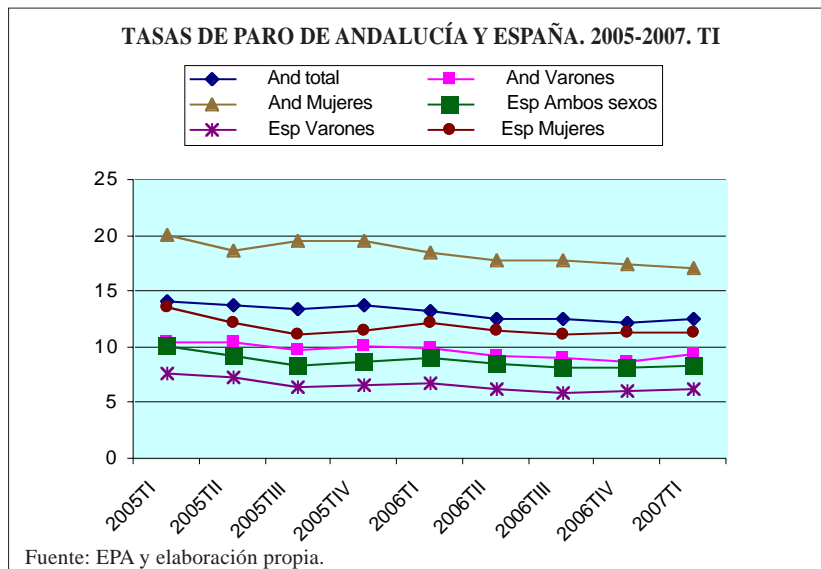


La caída tendencial del total de personas desempleadas muestra una significativa en el caso de la población femenina desempleada, aunque en términos porcentuales, la porcentaje de las mujeres sobre el total de desempleados ha ido aumentando paulatinamente desde mitad de los años noventa. A partir del tercer trimestre de 1998, las mujeres desempleadas representan más de la mitad del total de desempleados. A final del periodo considerado se ha estabilizado en torno al 55% del total de desempleados en Andalucía.

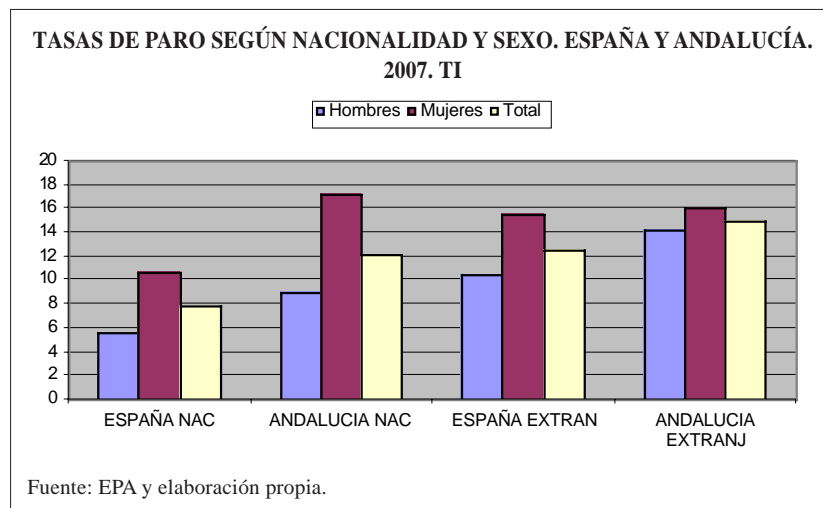
La evolución descrita ha situado la tasa de paro media andaluza en el primer trimestre de 2007, en el 12,51% una cifra realmente baja en la historia del paro en Andalucía. La tasa media a la que nos referimos engloba diferentes realidades que tienen que ver con la zona geográfica y con el género de los desempleados. Como se recoge en el gráfico, la tasa de desempleo más elevada corresponde, en el periodo considerado, a las mujeres en Andalucía (17.07%), mientras que este colectivo a nivel nacional presenta una tasa de desempleo más reducida (11.39%). La distancia entre ambas mengua



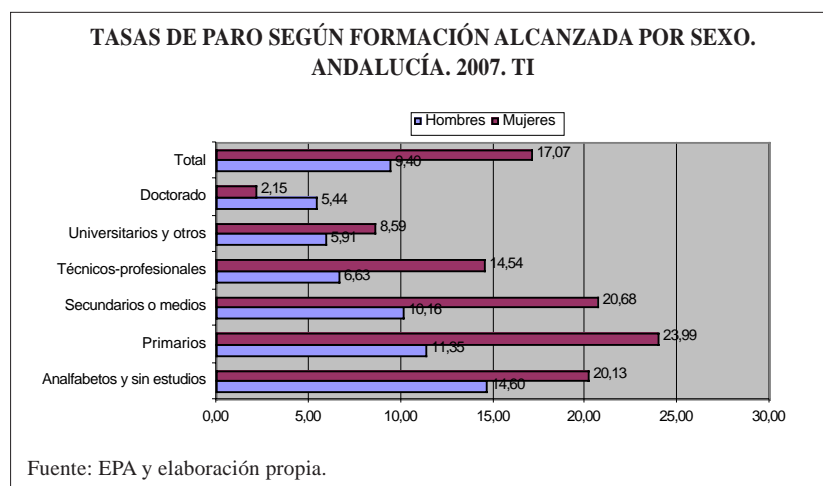
a lo largo del tiempo pues la caída de la tasa de paro femenina en Andalucía ha sido de 1.51 puntos respecto al mismo trimestre del año 2006 mientras que a nivel nacional la reducción ha sido aproximadamente de la mitad (0.83 puntos). El proceso de convergencia entre las tasas de paro femenina andaluza y española sigue una clara tendencia hacia la convergencia que todavía llevará varios años. En lo que se refiere a las tasas de paro de los hombres, la diferencia entre el valor nacional y regional es de algo más de tres puntos. La reducción de ambas tasas de paro con respecto al mismo trimestre del año anterior ha sido idéntica para ambas (0.49 puntos).



Podemos afinar algo más si consideramos la nacionalidad de los desempleados en Andalucía y en España. Las tasas de desempleo más elevadas las soportan las mujeres de nacionalidad española en Andalucía. Las tasas de paro para de los hombres de nacionalidad española es menor que la de los hombres de nacionalidad extranjera en ambas zonas geográficas.



Atendiendo a los niveles educativos alcanzados por las personas desempleadas priman en Andalucía los que alcanzan un nivel de estudios medios, secundario. Sin embargo, las tasas de paro más elevadas corresponden a los trabajadores con niveles de estudios primarios y analfabetos. La tasa de paro femenina es superior a la masculina en todos los niveles



educativos salvo en el más alto correspondiente al doctorado universitario. En este caso, la tasa de desempleo femenina en Andalucía es menor que la tasa masculina para este mismo nivel educativo.

CONDICIONES LABORALES

El coste laboral medio por trabajador y mes creció en el primer trimestre de 2007 en Andalucía en un 3,4% respecto al mismo periodo del año anterior, mientras que en el conjunto nacional se ha situado en un aumento del 4%. En términos absolutos, el coste laboral en Andalucía se situó en 1.975,45 euros, 123,07 euros menos que la media nacional. En cuanto al coste laboral por hora efectiva de trabajo en Andalucía se situó en 14,03 euros, mientras que la media nacional se situó en 15,37 euros. El crecimiento interanual se situó en el 2,9% mientras que el incremento medio a nivel nacional fue del 4,3%. Respecto al coste salarial por hora efectiva en Andalucía el aumento en este trimestre respecto al mismo trimestre del año anterior alcanzó el 4,5%, frente a un aumento del 4,6% en el conjunto de España. El coste salarial por hora efectiva alcanzó los 10,19 euros en Andalucía frente a los 11,22 euros de media nacional.

	Coste laboral por trabajador y mes		Coste laboral por hora efectiva		Coste salarial por hora efectiva	
	Euros	Tasa (1)	Euros	Tasa (1)	Euros	Tasa (1)
TOTAL	2198,52	4,0	15,37	4,3	11,22	4,6
Andalucía	1975,45	3,4	14,03	2,9	10,19	4,5
Aragón	2154,23	4,3	15,15	3,8	10,92	4,6
Asturias (Principado de)	2188,43	4,1	15,72	3,3	11,47	4,0
Baleares (Illes)	2050,11	2,9	14,60	3,2	10,74	4,0
Canarias	1883,46	5,2	12,94	5,6	9,34	5,8
Cantabria	2046,25	2,7	14,32	4,7	10,29	5,3
Castilla y León	2062,58	4,7	14,48	5,0	10,16	1,6
Castilla-La Mancha	1922,19	3,8	13,06	3,6	9,38	3,5
Cataluña	2330,00	5,0	16,34	5,4	11,95	5,2
Comunitat Valenciana	1960,97	3,2	13,59	4,9	9,85	5,2
Extremadura	1804,40	5,6	12,36	3,4	8,94	2,6
Galicia	1886,18	2,1	13,29	3,7	9,60	5,3
Madrid (Comunidad de)	2675,42	4,5	18,28	3,6	13,63	3,6
Murcia (Región de)	1851,90	2,5	13,16	4,9	9,55	6,0
Navarra (Comunidad Foral de)	2332,85	0,6	16,55	1,5	12,05	3,7
País Vasco	2495,05	4,3	18,04	5,4	13,16	6,0
Rioja (La)	1937,17	1,6	13,42	2,3	9,77	2,7

(1) Mismo trimestre del año anterior

Fuente: Encuesta Trimestral Coste Laboral. 2007. TI





3

Comentarios de Jurisprudencia







PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz

SUSPENSIÓN POR INCAPACIDAD TEMPORAL DE LAS FUNCIONES REPRESENTATIVAS DE UN MIEMBRO DEL COMITÉ DE EMPRESA

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León
(Sala de lo Social, sede en Valladolid), de 3 de noviembre de 2006*

MARÍA DEL JUNCO CACHERO ¹

SUPUESTO DE HECHO: D. V... es miembro del Comité de Empresa en la demandada Peguform Ibérica, S.L. por el Sindicato Confederación General del Trabajo. Desde el día 26 de julio de 2005 está en situación de incapacidad temporal por contractura cervical.

En octubre de 2005, D. V... solicita a la Inspección Médica que le manifieste si puede o no realizar viajes en situación de incapacidad temporal, contestándole el Servicio de Salud de Castilla y León (SACYL), que el desplazamiento desde su domicilio habitual lo hará siempre bajo su responsabilidad.

El 10 de marzo de 2006 se convoca una reunión de la comisión de seguimiento mensual del Convenio Colectivo, a la cual había sido citado otro miembro de la Confederación General del Trabajo, en lugar de D. V..., por encontrarse éste en situación de incapacidad temporal. D. V... se persona en la reunión y la empresa lo invita a presentar un parte médico que indique la compatibilidad de las funciones representativas con la dolencia que le aquejaba en el proceso de incapacidad temporal. Como consecuencia de no presentar dicha certificación la empresa le invita a abandonar la reunión.

El 13 de marzo de 2006, D. V... recibe un burofax y comunicación de la empresa en el que se advierte a todos los trabajadores de la misma que cuando se encuentren en situación de incapacidad temporal estén en las ins-

¹ T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

talaciones de la fábrica el menor tiempo posible, al objeto de que no sufran riesgo alguno respecto de su salud.

D. V... considera que se vulnera y lesiona su derecho de libertad sindical, al impedírsele el acceso al centro de trabajo como representante de los trabajadores, y estima antisindical tal conducta empresarial.

RESUMEN: Se presenta demanda de tutela de la libertad sindical solicitando que se declare que la conducta de la empresa demandada consistente en impedir el acceso del trabajador demandante a su centro de trabajo como representante de los trabajadores es antisindical y, consecuentemente, vulnera y lesiona el derecho de libertad sindical, declarándose la nulidad radical de dicha conducta y condenando a la empresa Peguform Ibérica, S.L. a cesar inmediatamente en dicho comportamiento antisindical, permitiendo a D. V... la entrada en su centro de trabajo como representante de los trabajadores y para ejercer las funciones propias de dicha representatividad. Esta demanda se desestima en virtud de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Palencia, de 2 de junio de 2006, y contra dicha Sentencia se interpone recurso de Suplicación por la parte demandante que es estimado contra aquélla por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, sede en Valladolid), de 3 de noviembre de 2006, Recurso 1721/2006.

ÍNDICE

1. FACTORES CONCURRENTES PARA LA INCAPACIDAD TEMPORAL
 - 1.1. Requisitos
 - 1.2. Posibilidad de comprobación por el empresario
2. PERMANENCIA, SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DEL MANDATO REPRESENTATIVO
3. EFECTOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN UN REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES

1. FACTORES CONCURRENTES PARA LA INCAPACIDAD TEMPORAL

1.1. Requisitos

Como el propio título del comentario de Sentencia que aquí tratamos indica, D. V... «con fecha 26 de julio del año 2005, cae en situación de incapacidad temporal. El actor presenta contractura cervical².

² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, sede en Valladolid), de 3 de noviembre de 2006.



El art. 45.1.c) E.T.³ establece que el contrato de trabajo podrá suspenderse por incapacidad temporal de los trabajadores. Es el art. 128 de la L.G.S.S.⁴ el que conceptúa las situaciones determinantes que tienen la consideración de incapacidad temporal. En él podemos apreciar tres elementos o requisitos que deben concurrir necesariamente⁵, para que una situación sea calificada como incapacidad temporal. El primero es la existencia de un proceso patológico, es decir, una alteración de la salud con efecto incapacitante para el trabajo, médicamente constatada. El segundo requisito, que la situación tenga una duración limitada, que sea temporal, y el tercero, que el tratamiento y el control patológico se lleven a cabo por los servicios sanitarios del Sistema de Seguridad Social.

Destacan pues de estos requisitos los propios para poder ser causa suspensiva: la imposibilidad para trabajar y la temporalidad de esa imposibilidad.

Lo que suspende el contrato es la declaración de incapacidad temporal y en consecuencia no sería posible⁶ aceptar como supuestos suspensivos aquellas enfermedades o accidentes que, por un tiempo, imposibilitan realmente al trabajador para realizar la prestación laboral pero que, sin embargo, no fueran declaradas como situaciones de incapacidad temporal. Para que la situación de enfermedad o del accidente tengan la consideración de suspensión, necesitan una declaración formal de incapacidad temporal.

1.2. Posibilidad de comprobación por el empresario

No se duda acerca de la necesaria utilización de los documentos expedidos por los organismos pertinentes de la Seguridad Social, lo que no deja de ser lógico si tenemos en cuenta que el motivo tasado de suspensión⁷ no

³ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Reunificado de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante E.T.

⁴ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Reunificado de la Ley General de Seguridad Social. Art. 128: «Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis... b) Los períodos de observación por enfermedad profesional en los que se prescriba la baja en el trabajo durante los mismos, con una duración máxima de seis meses, prorrogables por otros seis...».

⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «Problemas actuales de la incapacidad temporal». *Tribuna Social* núm. 114. Junio 2000. Págs. 9 y ss.

⁶ RODRÍGUEZ COPÉ, M.^a L.: *La suspensión del contrato de trabajo*. CES. Madrid 2004. Pág. 110.

⁷ RODRÍGUEZ COPÉ, M.^a L.: *La suspensión...*, *op. cit.* Pág. 114.

es el estar incapacitado para trabajar, sino haber sido declarado formalmente en situación de incapacidad temporal, lo que sólo puede constatarse a través de los partes médicos expedidos al efecto que acreditan que el trabajador está incapacitado y que además está necesitado de recibir atención sanitaria de la Seguridad Social. A través de estos partes el empresario tendrá conocimiento no sólo de la incapacidad que sufre el trabajador sino de otros datos esenciales como el de la involuntariedad de la ausencia, el tiempo inicialmente previsto de duración y el hecho de estar recibiendo asistencia sanitaria por los servicios médicos.

Y es con respecto a este tema cuando aparece el primer problema que suscita la Sentencia que comentamos⁸. D. V... es miembro del Comité de Empresa y el 10 de marzo de 2006⁹ se convoca una reunión para la comisión de seguimiento mensual del Convenio Colectivo, a la cual había sido citado otro miembro de la Confederación General del Trabajo, en vez de D. V..., por encontrarse éste en situación de incapacidad temporal. Pero el actor se persona en la misma y es invitado por la empresa a presentar un parte médico¹⁰ que le indique la compatibilidad de funciones de representación con la dolencia que le aqueja en el proceso de incapacidad temporal, así como que dicha dolencia no le impide la representación que ostenta sindicalmente, ni le perjudica¹¹.

En relación con este tema podría partirse de lo dispuesto en el art. 20.4 E.T. donde se establece la facultad del empresario para verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador mediante reconocimiento a cargo de su personal médico¹².

Los tribunales reconocen explícitamente la facultad de comprobación empresarial del estado de salud, al señalar que el hecho de reconocer la Se-

⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, sede en Valladolid), de 3 de noviembre de 2006.

⁹ No olvidar que D. V... está en situación de incapacidad temporal desde el día 26 de julio de 2005.

¹⁰ El empresario está en su derecho de solicitar los documentos médicos oficiales que acrediten la incapacidad temporal. Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 24 de septiembre de 2004, «...esa decisión empresarial se ajusta a las previsiones del art. 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, desde el momento en que esa exigencia se incardina dentro del ámbito del poder organizativo y de dirección del empresario y se corresponde también con el art. 131 de la Ley General de Seguridad Social...».

¹¹ RODRÍGUEZ COPÉ, M.^a L.: *La suspensión...*, *op. cit.* Pág. 64: «Trabajo y suspensión por incapacidad temporal serían conceptos incompatibles. Sin embargo, una línea jurisprudencial admite que el trabajador pueda desarrollar ciertas actividades durante la suspensión por incapacidad temporal siempre y cuando no perjudiquen el proceso curativo... ni el interés empresarial».

¹² MORRO LÓPEZ, J. J.: «Algunas cuestiones sobre la gestión y control de la incapacidad temporal». *La incapacidad temporal*. Tecnos. Madrid 1996 Pág. 349.



guridad Social ¹³ una situación de incapacidad temporal «...no impide el ejercicio por parte de la empresa del derecho de controlar la realidad y evolución de una situación que, si bien es personal del trabajador en cuanto afecta a su salud, también incide en los intereses de la empresa en cuanto contratante del trabajador temporalmente incapacitado...» ¹⁴.

Pero una cosa es que el parte médico no se hubiera presentado, o se hubiera presentado y quisiera constatarse lo allí establecido, o se le requiera tanto el de alta para poder estar en la empresa o el de baja, que reitere su incapacidad para poder comprobarlo, y otra muy distinta es que en el parte se le indique como quiere la empresa, que existe compatibilidad entre las funciones de representación y la dolencia que le aquejaba en el proceso de incapacidad temporal.

Al respecto la Sentencia ¹⁵ manifiesta que es «cierto que la empresa tiene la obligación genérica de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores a su servicio, correlativo al derecho de éstos de una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, pero no puede imponer unilateralmente un requisito (certificado médico) no previsto legal ni convencionalmente. Se pone de manifiesto que el certificado médico de compatibilidad de la actividad sindical con la situación de incapacidad temporal exigido por la empresa no es razonable ni adecuado al fin pretendido y a los intereses en juego, habiéndose producido, por tanto, la vulneración de los arts. 28 Constitución ¹⁶ y 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical ¹⁷ y asimismo, la prohibición de injerencia a que se refiere el art. 2.º del Convenio 98 de la O.I.T. ¹⁸».

¹³ BURGOS GINER, M.ª A.: «El control de la incapacidad temporal». *La incapacidad temporal*. Tecnos. Madrid 1996. Pág. 193.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 24 de enero de 1994; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), de 12 de mayo de 1994.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, sede en Valladolid), de 3 de noviembre de 2006.

¹⁶ Art. 28 Constitución: «Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio...».

¹⁷ Art. 12 Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical: «Serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio en general, de actividades sindicales».

¹⁸ Art. 2.º Convenio 98 O.I.T.: «Las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración».

2. PERMANENCIA, SUSPENSIÓN O EXTINCIÓN DEL MANDATO REPRESENTATIVO

Otro de los problemas que se ponen de manifiesto en la Sentencia que aquí traemos, es si el mandato representativo, o más concretamente, si la función propia del cargo de miembro del Comité de Empresa permanece o está suspendida o se extingue ante una situación de incapacidad temporal.

La duda surge a priori por la propia Sentencia de Unificación de Doctrina del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2006, donde se establece la tesis de que el efecto suspensivo del contrato de trabajo que produce la incapacidad temporal, no causa, como efecto reflejo la suspensión de las facultades legales reconocidas al miembro del Comité de Empresa; éste podrá seguir desempeñando su actividad representativa, de carácter institucional, siempre que los trabajos que realice sean compatibles con la situación de incapacidad temporal, cuyo reconocimiento exige que el trabajador esté impedido para el trabajo.

Es más, en la propia Sentencia señalada de Unificación de Doctrina, «bailan» paralelamente los términos «suspensión» y «extinción» y así se establece que «el hecho de encontrarse un miembro del Comité de empresa en situación de incapacidad temporal o incapacidad provisional, ocasiona per se la extinción de toda función representativa en la empresa del miembro del Comité»¹⁹. Y ésta es la cuestión principal a dilucidar por el Tribunal Supremo, teniendo para ello presente tanto la Sentencia recurrida, que mantiene que «ambas situaciones jurídicas de trabajador por cuenta ajena y representante legal de los trabajadores en una empresa determinada, no sólo van unidas, sino que la segunda al ser consecuencia de la primera, depende para su eficacia, para su vigencia legal que la primera esté vigente y sea eficaz»²⁰, como la Sentencia contraria que sostiene «lo único que dice el art. 45.2 E.T. es que la suspensión del contrato de trabajo exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, entre las que no se encuentra, según su dicción, la obligación de cumplir con los deberes de miembro del Comité de Empresa»²¹.

Concluye el Tribunal Supremo «que lo que debe quedar claro es que el efecto suspensivo del contrato de trabajo, que produce la incapacidad temporal, no causa como efecto reflejo la suspensión de las facultades legales reconocidas al miembro del Comité de empresa; éste podrá seguir desem-

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de abril de 2006.

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Sala de lo Social), de 24 de enero de 2005.

²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social), de 5 de julio de 1994.



peñando su actividad representativa, de carácter institucional, siempre que los trabajos que realice sean compatibles con la situación de incapacidad temporal, cuyo reconocimiento exige que el trabajador esté impedido para el trabajo»²².

La «neutralidad» de la suspensión de la relación laboral²³ con el mandato representativo ya había sido reconocida de forma expresa por nuestros tribunales en relación a otras hipótesis suspensivas como la de fuerza mayor temporal o excedencia por cuidado de hijos²⁴.

La Sentencia que comentamos se limita a trasladar a la incapacidad temporal un criterio que reiteradamente se ha aplicado en otros criterios suspensivos. Y aquí es donde radica la particularidad, pues el criterio de suspensión por incapacidad temporal, no es algo que el trabajador busque o le venga impuesto; es una situación en la que es él y solo él exclusivamente, quien tiene suspendido su contrato por una causa que le impide realizar el trabajo de su relación laboral. Es una dolencia personal, impeditiva de ejercer el trabajo y por tanto parecería que también y, en tanto dure, impeditiva de ejercer cuanto relacionado con el trabajo estuviera. Pues no es una causa suspensiva que produzca efectos alternativos: no se puede ir a trabajar, pero sí se pueden ejercer actividades que de no estar vinculado laboralmente no existirían.

Quizá no pueda haber una regla unánime, pues dependerá de la dolencia concreta de cada cual, y por tanto las posibilidades que pueda tener para poder acudir a ejercer funciones propias del cargo representativo y no su prestación laboral, en tanto dure el tiempo en situación de incapacidad temporal.

De ahí, el pronunciamiento de la Sentencia²⁵: «aunque durante la situación de incapacidad temporal el trabajador no deba realizar ninguna actividad que pueda perjudicar su recuperación, ni tampoco abandonar el tratamiento que le haya sido prescrito por los servicios médicos competentes, la empresa no puede presumir que la enfermedad que motiva dicha situación es incompatible con la actividad sindical para restringir un derecho reconocido constitucional y legalmente».

²² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 8 de abril de 2006.

²³ SOLÁ MONELLS, X.: «Incidencia de la incapacidad temporal sobre el mandato representativo». *IUSLabor* 3/2006. Pág. 3.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1990; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 19 de mayo de 2004; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 13 de octubre de 2004.

²⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social, sede en Valladolid), de 3 de noviembre de 2006.

3. EFECTOS DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL EN UN REPRESENTANTE DE LOS TRABAJADORES

El art. 45.2 E.T. establece que «la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo». Estos efectos de la suspensión sirven a su vez para diferenciarla de las meras interrupciones del contrato de trabajo, en las cuales únicamente se dará la suspensión de la prestación de trabajo, no de la prestación salarial que el empleador deberá mantener²⁶.

Pero siendo éstos los efectos primordiales, señala la doctrina²⁷ que estando vigente el contrato durante la suspensión, hay determinados derechos que perviven. Unos de carácter individual y otros colectivos. Con respecto a los primeros, los individuales, cabría citar el derecho a la intimidad, a la dignidad, a no ser discriminado o derecho a que el tiempo del período de suspensión compute a efectos de su antigüedad en la empresa.

En lo referente a los derechos de carácter colectivo, estarían el ser elector y elegible en las elecciones a cargo representativo en la empresa. Además los trabajadores con contrato suspenso, computan para la constitución del Comité de Empresa o Delegado de Personal, según proceda y, aquéllos que fueran representantes de los trabajadores mantendrán sus garantías, durante y a pesar de la suspensión.

Son en este último tipo de derechos, los de carácter colectivo, donde se nos plantea la cuestión en la Sentencia que se comenta. Como se viene señalando, D. V..., el actor, es miembro del Comité de Empresa y se encuentra en situación de incapacidad temporal. Recusa la Sentencia de instancia, solicitando que se declare que la conducta de la empresa demandada, consistente en impedir el acceso del trabajador demandante a su centro de trabajo como representante de los trabajadores para ejercer las funciones propias de dicha representatividad, -aún estando en situación de incapacidad temporal-, es antisindical.

Hay ya unificación de doctrina al respecto. Para el Tribunal Supremo²⁸ los efectos de la suspensión contractual por incapacidad temporal en base al art. 45.2 E.T., en un representante de los trabajadores, «supone la suspensión de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, sin que, por lo tanto, pueda extenderse, máxime a falta de previsión legal, los efectos de esa suspensión al derecho de representación que tiene el Comité de Empresa a través de los miembros que lo integran».

²⁶ ESTEBAN LEGARRETA, R.: «Incidencia de la reforma de la incapacidad temporal en la suspensión del contrato de trabajo». *La incapacidad temporal*. Tecnos. Madrid 1996. Pág. 239.

²⁷ RODRÍGUEZ COPÉ, M.^a L.: *La suspensión ...*, *op. cit.* Págs. 57 y ss.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 8 de abril de 2006.



Pero por citar tan sólo algún hecho anecdótico y pudiera ser que quizá relevante, el Tribunal Supremo en sus Fundamentos de Derecho en la Sentencia de Unificación de Doctrina, de 8 de abril de 2006, parece que estima que la suspensión de actividad de funciones, de prestación laboral, conlleva la extinción de las funciones representativas y no como sería lógico la suspensión en el ejercicio de las mismas. Al igual que permanece el vínculo contractual durante la situación de incapacidad temporal, permanecen los derechos, individuales o colectivos, que le son propios al trabajador afectado. En la Sentencias se afirma: «..., los derechos de representación de los miembros del Comité deben entenderse en su doble vertiente de ser tanto derechos del trabajador representante, como derecho de los compañeros de trabajo a ser representados por aquellos que eligen. Este doble anclaje de la representación tiene su proyección legal en el art. 67.3 del Estatuto de los Trabajadores, que establece como causa de extinción de la representación: la expiración del mandato de cuatro años, la revocación durante el mandato representativo «por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto», así como las «sustituciones» y «dimisiones» a que se refiere el ordinal 5 de este precepto». Una vez más se está hablando de extinción y no de suspensión.

De todas formas, aún pudiendo existir esa confusión suspensión-extinción, debe resaltarse que el Tribunal Supremo es consciente de que esta causa de suspensión por incapacidad temporal no puede tener los mismos efectos que otras causas de suspensión, pues aunque la mayoría hasta ahora tratada jurídicamente era la suspensión por fuerza mayor temporal en el caso de un representante de los trabajadores, no hay que olvidar que la incapacidad temporal es consecuencia de una dolencia patológica personal que le impide la realización del trabajo; de ahí que el Alto Tribunal estime «que lo que debe quedar claro es que el efecto suspensivo del contrato de trabajo, que produce la incapacidad temporal, no causa como efecto reflejo la suspensión de las facultades legales reconocidas al miembro de un Comité de empresa; éste, literalmente, podrá seguir desempeñando su actividad representativa, de carácter institucional, siempre que los trabajos que realice sean compatibles con la situación de incapacidad temporal, cuyo reconocimiento exige que el trabajador «esté impedido para el trabajo».

Para concluir, parece oportuno señalar una forma posible de resolver estas situaciones de incapacidad temporal de un representante de los trabajadores²⁹. El art. 67.4 E.T. permite la cobertura automática con el trabajador siguiente de la lista o el que hubiera obtenido mayor número de votos, según se trate de delegados de personal o comités de empresa, cuando se

²⁹ SOLÁ MONELLS, X.: «Incidencia de la incapacidad temporal...», *op. cit.* Pág. 4.



produzca una «vacante por cualquier causa». Resulta obvio, que la regla está pensada para vacantes definitivas, pero no hay ningún obstáculo que impida incluir vacantes transitorias, como las generadas por una situación de incapacidad temporal.

Quizá sería deseable prever la sustitución provisional a través de la negociación colectiva o del reglamento de funcionamiento del órgano de representación unitaria, concretando en la medida de lo posible los supuestos donde proceda y la forma de hacerla efectiva, que deberá incluir necesariamente la comunicación a la oficina pública competente en materia de elecciones a órganos de representación, la notificación al empresario y la publicación en el tablón de anuncios, tal y como indica el art. 67.5 E.T.



RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO

Universidad de Sevilla

PROFESORES DE RELIGIÓN, CENTROS PÚBLICOS Y LIBERTAD RELIGIOSA: UN EQUILIBRIO COMPLICADO

*Sentencias del Tribunal Constitucional 38 y 128/2007
de 15 de febrero de 2001 del TEDH —Asunto DEHALB—*

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO

SUPUESTO DE HECHO: La primera de las Sentencias del Tribunal Constitucional analizadas trae causa del Auto de 8 de julio de 2002 (AS 2002, 2789) por el que la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias acordó plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre (RCL 1990, 2045), de Ordenación General del Sistema Educativo¹ y frente a los artículos III, VI y VII del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, por posible infracción de los arts. 9.3, 14, 16.3, 23.2, 24.1 y 103.3 de la Constitución Española.

La segunda de las Sentencias aborda el recurso de amparo presentado por D. J.A.F.M. De acuerdo con la demanda, D. JAFM fue ordenado sacerdote en el año 1961 y en el año 1984 pidió la dispensa al sacerdocio, que le fue concedida en agosto de 1997. En mayo de 1985 contrajo matrimonio civil. Además el demandante de amparo era miembro activo del Movimiento Pro-celibato Opcional (MOCEOP), integrado por sacerdotes y ex-sacerdotes católicos. Desde el 1 de octubre de 1991, y a propuesta del Obispo de

¹ En la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Cartagena, JAFM ha prestado servicios como profesor de religión y moral católicas en centros públicos escolares, «siendo cesado por el Obispo en virtud de un oficio de 29 de noviembre de 1997, que dispuso la no renovación de su contrato actual». En el comunicado de prensa remitido por el Obispado a diversos medios de comunicación en fecha 11 de noviembre de 1997 se justificaba el despido del demandante de amparo como profesor de religión y moral católicas por «su participación en el Movimiento Pro-celibato Opcional» o, como dice el comunicado, por hacer pública su situación, añadiendo que a los sacerdotes secularizados no les está permitido impartir clases de religión y moral católicas según la norma preceptiva (rescriptos), a no ser en casos muy excepcionales en los que el Obispo, ante circunstancias especiales y siempre que no exista peligro de escándalo, lo conceda como una gracia. D. JAFM, tras haber interpuesto infructuosamente recurso Contencioso-Administrativo contra la decisión de su cese, promovió demanda de despido, alegando la vulneración de los derechos a no sufrir discriminación (art. 14 CE), a la vida privada (art. 18 CE) y a las libertades ideológica y de expresión (arts. 16 y 20 CE), que fue estimada por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia núm. 279/2000, de 28 de septiembre (AS 2000, 2765), que declaró nulo el despido, si bien la posterior Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 26 de febrero 2001 (AS 2001, 302), absolvió a los demandados, al considerar, en síntesis, que no había existido despido, sino sólo una no renovación de un contrato temporal, descartando la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

RESUMEN: La primera de las Sentencias, tras delimitar correctamente el objeto de la cuestión, declara la constitucionalidad tanto del Acuerdo como de la norma legal recurrida.

La segunda desestima la demanda de amparo, si bien con un importante voto particular firmado por dos de los seis magistrados y conforme a la cual sí debiera haberse otorgado el mismo.

ÍNDICE

- 1 LOS PROFESORES DE RELIGIÓN EN CENTRO PÚBLICOS: UN VIEJO PROBLEMA CON NUEVAS PERSPECTIVAS
 - 1.1 Introducción
 - 1.2 El tratamiento normativo de esta relación y su evolución jurisprudencial.
 - 1.3 La posición general del Tribunal Constitucional: la STC 38/2007
 - 1.4 El primer equilibrio concreto: la STC 128/2007 de 4 de junio.
 - 1.5 La nueva regulación legal y reglamentaria
- 2 A MODO DE CONTRAPUNTO. LA ESCUELA PÚBLICA Y LA CREENCIAS Y APARIENCIA DEL DOCENTE: LA STEDH DE 15 DE FEBRERO DE 2001 (ASUNTO DEHALB)



1. LOS PROFESORES DE RELIGIÓN EN CENTRO PÚBLICOS: UN VIEJO PROBLEMA CON NUEVAS PERSPECTIVAS

1.1. Introducción

Transcurridos cerca de treinta años desde la ratificación por España, el 4 de diciembre de 1979, del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales con la Santa Sede² —de donde sin duda trae causa todo este problema—, el Pleno del Tribunal Constitucional ha podido por fin conocer —y de forma, si me lo permiten, casi torrencial³— una de las cuestiones dogmáticamente más complejas y socialmente más controvertidas con las que han debido enfrentarse nuestros Tribunales del orden social en estos últimos años⁴: la posible relevancia laboral, no ya sólo de las opiniones y comportamientos que pudieran manifestar los profesores de religión durante su actividad docente en centros públicos, sino también las posibilidades y los límites constitucionales a la posible fiscalización judicial de la correlativa decisión del Ordinario del lugar que provocase la no renovación —desde hace pocos días, la extinción (sin más calificativos)— del vínculo de estos profesores.

Seguramente este tema, ya de por sí polémico, ha tenido en este momento una repercusión mediática aún mayor por su estrecha conexión con otro más amplio, y que se mueve en un ámbito más político, como es el de la posible obsolescencia de la totalidad del marco normativo que liga actualmente al Estado español y a la Santa Sede. Quizás ha sido este singular desenfoque —ver el problema de los profesores de religión como una forma de atacar la constitucionalidad de los Acuerdos en su conjunto y no como una forma de analizar el problema en sí— la que ha provocado muchas de las críticas que, de forma quizás apresurada y poco atentas a la lectura detenida de la primera de las decisiones analizadas, se han realizado, sobre todo desde algunos medios de comunicación.

Es cierto que esta Sentencia —cuya ponencia, no debe olvidarse, correspondió a la Presidenta del Tribunal—, ha declarado la constitucionalidad del marco normativo entonces vigente. Pero no lo es menos, que la misma no ha supuesto —muy al contrario de lo que a veces se ha llegado a afirmar— una admisión incondicionada del poder que en este ámbito parecía

² Acuerdo de 3 de enero de 1979, publicado en el BOE de 15 de diciembre de 1979.

³ De hecho, véanse, además de las aquí comentadas, las SSTC 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89 y 90/2007, todas de 19 de abril, que abordan las sucesivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el mismo órgano judicial.

⁴ De Conflictividad permanente habla gráficamente M.M. RUIZ CASTILLO, «Profesores de Religión, negociación colectiva y nuevas relaciones laborales», en *Temas Laborales*, núm. 74, pág. 195.

ostentar el Ordinario del Lugar. Muy al contrario, esta importante y detenida Sentencia —dictada, obsérvese, sin votos particulares— ha logrado establecer importantes límites a este poder, recordando su posible fiscalización por los órganos jurisdiccionales del Estado, al mismo tiempo que establecía una serie de vías de control frente a la decisión del Ordinario que, de un lado, suponen no sólo un adecuado equilibrio entre todos los derechos constitucionales en juego, sino que además abren paso seguramente —y nuevamente muy al contrario de lo que otros han sostenido— a una dinámica judicial mucho más casuística y compleja.

Desde esta perspectiva, la STC 38/2007 no es, al menos a nuestro juicio, un punto final en toda esta polémica. Seguramente es sólo un punto y seguido, que no agota sino que reaviva la controversia, conduciéndonos a una casuística compleja en la que nuevamente deberá jugar un papel muy importante la propia jurisprudencia constitucional, ya en sede de amparo y no, por tanto, de abstracto control de constitucionalidad⁵.

Buena prueba de ello es que cuando el Tribunal Constitucional ha tenido que aproximarse por primera vez a un caso concreto y no abstracto —la segunda de las sentencias analizadas—, la posición ha dejado de ser unánime, abriéndose cauces de defensa de los derechos de estos docentes —unos quince mil según algunas fuentes⁶— que, al menos en nuestra opinión, podrían ser aprovechados por los órganos de la jurisdicción social para evitar arbitrariedades o limitaciones no proporcionadas. Y es que estas sentencias auguran nuevas resoluciones judiciales polémicas, algunas de las cuales ya han sido descritas por la prensa en el momento de cerrar esta colaboración. Pero vayamos por partes.

1.2. El tratamiento normativo de esta relación y su evolución jurisprudencial

Para poder comprender buena parte de este problema, y la argumentación de la primera de las sentencias objeto de este comentario, seguramente es necesario realizar un escueto repaso por la complicada evolución del marco normativo en el que se enmarca la actividad de estos docentes y de la interpretación que del mismo han ido dando los distintos Tribunales del orden social. Y ello porque lejos de ser estable, este marco normativo y jurisprudencial ha pasado por diversas vicisitudes, hasta llegar a la actual regu-

⁵ Una apreciación similar en M. PULIDO QUECEDO, «Acuerdos con la Santa Sede y los profesores de religión», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2007, núm. 727.

⁶ Véase R. NAVARRO-VALLS, «Los contratos del profesorado de religión en España», disponible en <http://www.interrogantes.net/includes/documento.php?IdDoc=1389&IdSec=198>

lación establecida en reciente el RD 696/1997, de 1 de junio por el que se regula la relación —que, obsérvese no se tilda de especial— de este tipo de profesorado.

En sustancia, el núcleo de toda esta regulación —y de los consiguientes problemas— parte de la opción asumida por los artículos III y VI del Acuerdo de 3 de enero de 1979 antes mencionado. En estos preceptos se asumían, por lo que aquí interesa, dos ideas fundamentales. La primera que la «enseñanza religiosa» —y obsérvese no «la enseñanza de la religión— «será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza». Para ello, «con antelación suficiente, el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los Profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza» y que formarían «parte, a todos los efectos, del Claustro de Profesores de los respectivos Centros» Y la segunda idea es que «a la jerarquía eclesiástica corresponde señalar los contenidos de la enseñanza y formación religiosa católica», del mismo modo que «la jerarquía eclesiástica y los órganos del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán por que esta enseñanza y formación sean impartidas adecuadamente, quedando sometido el profesorado de religión al régimen general disciplinario de los Centros»⁷.

En desarrollo de estos preceptos surgieron rápidamente una serie de normas reglamentarias entre las que, sin ánimo de ser exhaustivos, destacan las OM de 28 de julio de 1979; 26 de septiembre de 1979, 16 de julio de 1980 y la de 11 de octubre de 1982⁸. En estas normas no sólo se abordaban los aspectos retributivos de este profesorado sino que, con algunas diferencias según el nivel educativo y la titularidad privada o pública del centro, se desarrollaba esta peculiar relación triangular entre el ordinario, el profesor y, por lo que aquí interesa, la administración educativa. Ya en concreto, y por lo que aquí interesa, el punto tercero de la mencionada OM de 1982 señalaba expresamente que los Profesores de religión de Enseñanzas medias —contratados por la Administración, punto 5.º— serían nombrado por la Autoridad correspondiente, a propuesta del ordinario de la Diócesis, teniendo dicho nombramiento carácter anual y renovándose automáticamente, salvo propuesta en contra del mencionado ordinario efectuada antes del comienzo de cada curso».

⁷ Sobre el continuismo de estas normas véase el reciente e innovador trabajo de M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios de los profesores de religión» en *Tribuna Social*, 2007, núm. 1999, pág. 22

⁸ Para un análisis más detenido de esta evolución, I.M. BRIONES MARTÍNEZ, «Profesores de religión católica según el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales: el derecho a la intimidad y la autonomía de las confesiones. Dos derechos en conflicto», en *Aranzadi Social*, 2004, núm. 6.

Aunque en primer momento la naturaleza laboral de este nexo fue discutida por algunos Tribunales Superiores⁹, pronto el Tribunal Supremo vino a zanjar esta cuestión¹⁰. Y si bien la titularidad de la posición de empleador llegó a ser ciertamente dudosa, sobre todo en relación con el profesorado de Educación Primaria y General Básica¹¹, la Orden del Ministerio de la Presidencia de 20 de abril de 1999 por la que se publicaba el Convenio sobre régimen económico-laboral de este personal en Centros Públicos de educación infantil, primaria y secundaria, señaló expresamente que «los profesores encargados de la enseñanza de la religión católica a los que se refiere el presente Convenio prestarán su actividad, en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso o año escolar A los efectos anteriores, la condición de empleador corresponderá a la respectiva Administración educativa»¹². De este modo, se desarrollaba la nue-

⁹ Como botón de muestra véanse, por citar algunas, las SSTJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 1993 (AS 533); (Málaga) de 18 de marzo de 1993 (AS 1330); (Málaga) de 9 de mayo de 1994 (AS 2136); Comunidad Foral de Navarra de 24 de mayo de 1995 (AS 1836); Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 16 de mayo de 1995 (AS 1845)

¹⁰ Véanse SSTJ de 14 de febrero de 1994 (RJ 2474); 19 de junio de 1996 (RJ 5383) y 30 de abril de 1997 (RJ 3557); 23 de mayo de 2000 (RJ 5523). Para un estudio más detenido de esta cuestión en I.M. BRIONES MARTÍNEZ, «Profesores de religión católica según el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales...», cit.; D. TOSCANI GIMÉNEZ, «La problemática judicial y la nueva regulación legal de los profesores de religión», en *Revista de Derecho Social*, 1999, núm. 5., pág. 189 y ss.; M.A. CASTRO ARGÜELLES, «Los profesores de religión y moral católica en centros públicos de enseñanza», en *Actualidad Laboral*, 2002, T/I, págs. 293-295.

¹¹ La OM de 16 de julio de 1980, relativa a centro de EGB y preescolar, había señalado en su punto 3.5 que cuando en algún centro público no existiera un número suficiente de profesores dispuestos a asumir la enseñanza religiosa, la jerarquía eclesiástica propondrá al delegado ... la persona o personas competente que resulten idóneas. «Respecto a estos profesores el Ministerio de Educación no contraerá ninguna relación de servicios». Esta misma ambigüedad se detectaba en la Cláusula Primera de la Orden del Ministerio de la Presidencia por la que se publicaba el Acuerdo de 20 de mayo de 1993 sobre régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación primaria, en la que se volvía a destacar que estos docentes «no siendo personal docente de la Administración...». En este punto se coincide sustancialmente con la brillante argumentación de M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., p. 23. También a mi juicio, la excepción —derivada de la situación franquista preexistente— eran los profesores de bachillerato, planteándose originariamente y respecto del resto del profesorado una contratación por parte de la Confesión aunque sufragada por el Estado. El problema es que, seguramente por presiones de estos colectivos, se prefirió —OM 20 de abril de 1999— trasladar el régimen excepcional —empleador administrativo— a la regla general, con todos los problemas que ello conlleva y muestra de la cual es la STS 19 de abril de 2005 (RJ 5057). En cualquier caso, obsérvese que, en el fondo, todo este problema parte del rechazo casi inconsciente a la figura de un coempleador o a la existencia de una pluralidad de sujetos en la posición jurídica del empleador. Pero ello, evidentemente, es otra historia.

¹² Sobre esta cuestión, con amplia cita jurisprudencial A.V. SEMPERE NAVARRO, «La renovación del contrato de los profesores de religión», en *Repertorio de Jurisprudencia*, 2003,

va redacción dada a la DA 2 de la LO 1/1990 de 3 octubre dada por el art. 93 de la Ley 50/1998 de 13 de diciembre¹³ y posteriormente derogada por la DA 2 LO 10/2002¹⁴. Y si bien el Tribunal Supremo vino rápidamente a asumir esta posición¹⁵, no está de más recordar como posteriormente este mismo Tribunal ha tenido que matizar esta posición, señalando la peculiar situación en la que a estos efectos se encuentra la Iglesia Católica y que nos situaría ante una «posición empresarial compleja» con un desdoblamiento según los aspectos administrativos o ideológicos que obligaría a que cuando son los segundos los discutidos, fueran ambas entidades, públicas y religiosas codemandados¹⁶.

En cualquier caso, tampoco cabe olvidar que, de un lado, los art. 10 de la Ley 24/1992, 25/1992 y 26/1992, todas de 10 de noviembre, habían venido igualmente a establecer reglas específicas en relación con la docencia de las enseñanzas evangélicas, judía e islámica; y que, del otro, el art. 4.2 de la

n. 27 (BIB 2003\1494). Entre la jurisprudencia, véase, por todas, la STS de 8 de mayo de 2000 (RJ 4267). Recientemente, con una posición sumamente interesante, M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., pág. 23 que avala la posición del Proyecto de LOE de acuerdo con la cual debieran ser las confesiones las que contratasen a los profesores.

¹³ De acuerdo con la cual, y aunque de forma más lacónica, se señalaba que «los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de funcionarios docentes, impartan enseñanzas de religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial» En su primitiva redacción este precepto se limitaba a señalar «La enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas. A tal fin, y de conformidad con lo que dispongan dichos acuerdos, se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos»

¹⁴ Debe tenerse también en cuenta que según la DA 2 de la LO 10/2002, de 23 de diciembre «Los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de Funcionarios Docentes, impartan la enseñanza confesional de Religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial. Estos profesores percibirán las retribuciones que corresponda en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos».

¹⁵ STS 31 de mayo de 2000 (RJ 4647) y 23 de mayo de 2000 (RJ 5523) entre otras muchas, y posteriormente la STS de 29 de septiembre de 2004 (RJ 7675) en el que precisamente se planteaba esta cuestión y el papel que debe desarrollar en este campo la Iglesia católica. En la doctrina, por todos, M.A. CASTRO ARGÜELLES, «Los profesores de religión y moral católica...», cit., pág. 296 y sig..

¹⁶ Véase en este punto la muy interesante STS 19 de abril de 2005 (RJ 5057). De hecho ya sostuvimos una posición similar en F.J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo y libertad ideológica*, CES, Madrid, 1995, pág. 293. Véase igualmente M.A. CASTRO ARGÜELLES, «Los profesores de religión y moral católica...», cit., pág. 296.

Directiva 2000/78/CE también había establecido, en el marco de la Declaración núm. 11 sobre el estatuto de las Iglesias y las organizaciones no confesionales, adjunta al Acta final del Tratado de Ámsterdam, que «en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituirá discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo». Y además, que «siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, (a) exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización»¹⁷.

Pues bien, dejando a un lado otros problemas, como la constitucionalidad de la exclusión de estos profesores de ciertos convenios¹⁸, u otras cuestiones sociales y/o administrativas¹⁹, lo cierto es que ya desde un principio los principales problemas de este colectivo se centraron en los supuestos de «no renovación» de una relación que se tildo rápidamente de «objetivamente especial»²⁰ y, con él, de las posibilidades o no de fiscalización por parte

¹⁷ Sobre esta excepción, más ampliamente, M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. CALVO GALLEGU, «Directive 2000/78/EC and the prohibition of discrimination based on religion», disponible en http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_2345_file_en.3173.pdf

¹⁸ STS (Sala de lo Social) de 9 octubre 2003 (RJ 2003/7732). Un comentario sobre la previa STSJ de Madrid de 20 de mayo de 2002 (AS 2044) en S. MORENO CÁLIZ, «Profesores de religión y aplicación de convenio colectivo», en *Aranzadi Social*, 2002, núm. 13 (BIB 2002/1773). Véase igualmente, J. LAHERA FORTEZA, «Exclusión convencional de colectivos específicos: el caso de los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza (comentario a la STS 4.ª de 9 de octubre de 2003)», en *Relaciones Laborales*, 2005, T/I, pág. 603 y sig..

¹⁹ Por sólo mencionar la jurisprudencia constitucional véanse AATC 385/2005, de 7 de noviembre (elecciones sindicales) y 241/2004, de 6 de julio (doble afiliación USO y FEPER) o la STC 47/1990 de 20 de marzo sobre su posible acceso a la dirección de sus respectivos centros.

²⁰ Por todas STS de 12 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 2977). De «materialmente» especial habla la STS de 19 de septiembre de 2005 (RJ 8675) que aclara expresamente que no nos encontramos ante una relación laboral especial a los efectos del art. 2 ET, sino ante una

de los órganos jurisdiccionales de las decisiones de «no renovación» del profesorado por parte del Ordinario del lugar.

Intentando sintetizar brevemente a posición a este respecto de la jurisprudencia y doctrina de suplicación previa a la Sentencia del Pleno Tribunal Constitucional podríamos decir que, a pesar de que la división de la docencia en cursos no permite, como regla general, la legítima estipulación de contratos de obra o servicios anuales²¹, en este caso la existencia de una norma internacional —el Acuerdo de 3 de enero— sí habilitaría —al menos para nuestra jurisprudencia en el anterior marco legal— esta posibilidad. Y ello porque como señalaba el Fundamento Jurídico Primero de la STS de 12 de diciembre de 2001²², sintetizando la constante posición del TS en esta materia «el artículo 3 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 no preveía para estos profesores una relación indefinida, sino una relación a término, que surge con un nombramiento o designación que tiene vigencia anual y que, por tanto, lleva a la terminación del vínculo si no es renovado mediante otro nombramiento». Para nuestros Tribunales, el hecho de que la renovación fuese automática, salvo propuesta en contra del Ordinario, «no afectaría a la existencia del término, sino a la renovación del contrato» ya que «la interpretación contraria no sólo se opondría al sentido propio de las palabras de la norma, sino a su espíritu y finalidad, que no es otra que la de vincular cada año la iniciación de un nuevo contrato a la voluntad unilateral del Ordinario»²³.

Y todo ello sin olvidar que el propio Tribunal Supremo vino interpretando muy flexiblemente este supuesto de extinción, sobre todo en relación con la comunicación del Ordinario, al señalar, por ejemplo, que sería bastante para la no renovación del profesor actos concluyentes del Ordinario como la proposición de otra persona²⁴; de la misma manera que la falta de

regulación que por mandato legal tiene una configuración especial, dentro de la que resalta esta contratación temporal. En idéntico sentido STS de 6 junio 2005 (RJ 2006, 4119). Como atípica, pero no materialmente especial la califica F. VIÑETA ROCA, «Contratación temporal anual de profesores de religión en centros públicos: ¿violación de derechos fundamentales de los propios docentes? en *Sentencia de TSJ y otros Tribunales*, 2003, núm. 19 (BIB 2003/1556).

²¹ STS (Sala de lo Social) de 27 marzo 2002 (RJ 2002/5312).

²² (RJ 2001, 2977).

²³ Véase, por todas, las STS de 5 de junio, 7, 17 y 28 de julio, 11 de octubre, 29 de noviembre, 4 y 20 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 4650, 6295, 7184, 7196, 9426, 10412 y 10414; y RJ 2001, 1437, 1861); 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 10648); 9 julio 2003 (RJ 2003, 8372); 6 junio 2005 (RJ 2006, 4119); 19 de septiembre de 2005 (RJ 8675); ATS de 7 de abril de 2005 (RJ 167902). En la doctrina es inexcusable hacer referencia a la profunda, motivada y compartible crítica que el mayor experto en estos temas ha realizado a esta posición del Tribunal Supremo hasta la modificación «constitutiva» de la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1999. Véase, M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., pág. 27 y ss.

²⁴ STS de 9 julio de 2003 (RJ 2003, 8372).

propuesta del Ordinario tampoco equivaldría a un despido ya que el contrato se extinguía ope legis sin que surgiera obligación alguna de renovación²⁵. De esta forma, se acababa admitiendo implícitamente la posibilidad de no renovar el contrato sin que fuera ni tan siquiera necesaria una mínima justificación de dicha omisión, acentuando la confianza como elemento central de la relación, lo que acabó provocando —como se señaló rápidamente— una notable descausalización de la facultad eclesiástica, reduciendo consiguientemente la fiscalización de la actuación de la jerarquía eclesiástica a márgenes muy exiguos²⁶, centrada sobre todo —al menos para algunos Tribunales Superiores de Justicia— en aquellos casos en los que la no renovación pudiera conectarse bien con la actividad sindical²⁷, o bien con la indemnidad ante el previo ejercicio por el profesor del derecho a la tutela judicial efectiva.

1.3. La posición general del Tribunal Constitucional: la STC 38/2007

Es en este contexto en el que el Tribunal Superior de Justicia, en su sede de Las Palmas, plantea diversas cuestiones de constitucionalidad sobre los artículos III, VI y VII del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede. En un apretada síntesis podríamos decir que tras un repaso de la evolución normativa y jurisprudencial de este colectivo el TC asume:

1. Que la inserción en el sistema educativo de la enseñanza de la religión —en el fondo, la causa de todo este problema— es constitucionalmente admisible en cuanto puede justificarse en virtud del derecho de los padres a dar una educación conforme a sus convicciones —art. 27.3 CE—, en la medida en la que permite la divulgación y expresión pública de una entidad religiosa —art. 16 CE—

²⁵ STS de 16 de junio de 2004 (RJ 5583), o STS (Sala de lo Social) de 7 julio 2000 RJ 2000\6295) que literalmente señala como «En el espíritu y en la letra de todas las normas transcritas late la idea de temporalidad de la relación de los profesores de religión católica, que se limita exclusivamente a la duración de cada curso escolar, y de ahí que la falta de inclusión en la propuesta del Ordinario para los cursos sucesivos, aunque el interesado hubiera impartido la enseñanza en los precedentes, no equivale a un despido, dada la peculiar naturaleza de la relación, cuya legitimidad hay que buscarla en el tratado internacional celebrado entre la Santa Sede y el Estado español el 3 de enero de 1979, y no en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, así es que las normas de la Ley estatutaria sobre el despido no resultan aquí aplicables». En un sentido similar véase también STS (Sala de lo Social) de 11 abril 2003 (RJ 2003\5193).

²⁶ Véase, por ejemplo, el excelente comentario de M. CARDENAL CARRO, «La constitucionalidad de la regulación de los profesores de religión y moral católica», en *Aranzadi Social*, 2006, núm. 21 (BIB 2006/2821).

²⁷ STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2001 (AS 2002, 892).

y en la medida en la que el principio de neutralidad no obsta a esta manifestación del deber de cooperación establecido expresamente en el art. 16.3 CE²⁸.

2. De este mismo principio de aconfesionalidad, laicidad positiva y neutralidad se sigue que «ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable».
3. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional rechaza —como en su momento ya hiciera con otros supuestos de relaciones entre el ordenamiento religioso y el estatal, articuladas, no cabe olvidarlo, desde la óptica del art. 16 CE— que esta relevancia externa de decisiones necesariamente religiosas suponga la aparición de zonas oscuras o inmunes al control jurisdiccional del Estado. El principio de exclusividad jurisdiccional exige negar esta premisa. Y ello porque de acuerdo con el TC en estos casos los órganos judiciales deben desarrollar su control en, al menos tres niveles diferentes:
 - El primero, el mero control de la actuación de la Autoridad administrativa posterior a la comunicación del Ordinario y su sometimiento, por tanto, al procedimiento legal o reglamentariamente establecido. Obviamente el enjuiciamiento de esta actividad reglada no supone mayor dificultad ni plantea mayor cuestión.
 - El segundo lugar, y en sentido negativo, los órganos jurisdiccionales «habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya

²⁸ Sobre este principio de neutralidad y el deber de cooperación resulta de interés L.M. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «Las libertades de conciencia en el ordenamiento español», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2003, núm. 2.

- definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo»
- Y en tercer lugar, y ésta es, al menos a mi juicio, la mayor novedad, el órgano judicial habrá igualmente «de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo»
4. Finalmente, el Tribunal Constitucional rechaza igualmente las alegaciones de la Sala en torno a los art. 9.3, 14, 16 y 103 CE. Por lo que se refiere al primero, porque es evidente que aunque pueda discreparse de la concreta solución adoptada, para el Pleno nos encontramos ante una norma con una finalidad razonable y que no se muestra desprovista de todo fundamento. En relación con la segunda —estrechamente conectada al art. 23.2 CE—, porque la declaración de idoneidad, lejos de ser arbitraria, supone uno de los requisitos de capacidad que, por tanto, no puede calificarse de arbitraria o irrazonable, ni ajena —sino modulada al contenido exigido por la prestación— a los principios de mérito y capacidad. En relación con la tercera, porque «resultaría sencillamente irrazonable que la enseñanza religiosa en los centros escolares se llevase a cabo sin tomar en consideración como criterio de selección del profesorado las convicciones religiosas de las personas que libremente deciden concurrir a los puestos de trabajo correspondientes, y ello, precisamente, en garantía del propio derecho de libertad religiosa en su dimensión externa y colectiva». Y finalmente, y por lo que se refiere al art. 103 CE, porque lejos de convertir a la Administración Pública en una empresa de tendencia, nos moveríamos en una tarea ideológica —o de tendencia— en un empleador neutro lo que vendría justificado por el deber de cooperación establecido en el art. 16.3 CE.

Sin poder detenernos aquí a analizar todos y cada uno de los aspectos de un razonamiento y de unas conclusiones que compartimos sustancialmente, sí nos gustaría al menos profundizar en algunos aspectos de la misma o en otras perspectivas en las que, evidentemente, una resolución judicial centrada en un problema concreto, no puede abordar.

A nuestro juicio, más allá de las dudas que pudiera suscitar la incardinación de una tarea de tendencia en un empleador necesariamente

neutro como son las Administraciones Públicas —tema éste sobre el que volveremos desde otra perspectiva al final de estas páginas— sí nos gustaría intentar incardinar esta cuestión desde una perspectiva más amplia y no tan concreta.

En efecto, el punto de partida —al menos a nuestro juicio, es el hoy indubitado reconocimiento de la libertad ideológica y religiosa de los trabajadores, ya sea tanto desde la perspectiva sustantiva del art. 16 CE como desde la protectora del art. 14 CE —o, si se nos permite, desde la Directiva 2000/78/CE, que de esta forma ya habría reconocido (a través de su protección antidiscriminatoria) un derecho fundamental europeo no económico, como es la libertad religiosa²⁹—. El problema, como decíamos, surge porque frente a otros derechos fundamentales cuya necesaria modulación en el seno de la relación laboral nunca ha planteado dudas, por la necesidad evidente de la misma —piénsese en la libertad de expresión o, porqué no, en la misma libertad de movimientos— en el caso de la libertad religiosa normalmente la relación laboral no exige, ni por tanto, permite normalmente intromisiones empresariales en el ejercicio este derecho. En realidad, en el campo de la libertad religiosa estos problemas sólo suelen aparecer en relación con los tiempos de trabajo y descanso —y seguramente en un futuro por problemas de vestimenta y apariencia— y la desconexión de la normativa general española (art. 37 ET) con las necesidades impuestas en este punto por otras religiones distintas de la católica; un tema éste cuya solución seguramente debe discurrir a través de una razonable adaptación de las obligaciones laborales como propugnan las leyes 24, 25 y 26/1992³⁰. En cualquier caso, lo que sí parece evidente es que en general la simple religión o creencias del trabajador, y, desde luego, su exteriorización fuera del tiempo y lugar de trabajo, son temas constitucionalmente intrascendentes para el empresario en la medida en la que no tienen ninguna conexión con la prestación lícitamente establecida a través del contrato.

Por ello, las dificultades sólo nacen cuando una prestación constitucionalmente admisible —no, por tanto, por el mero capricho o proselitismo de un empresario cualquiera que quisiera imponer sin justificación con la actividad de la empresa su visión del mundo a sus empleados— sí puede exigir

²⁹ Cuyo contenido sustantivo, ante la ausencia (por ahora) de una Carta vinculante a nivel europeo, seguramente habría de buscarse en el art. 9 Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo. En este punto nos remitimos nuevamente a M.F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. CALVO GALLEGO, «Directive 2000/78/EC and the prohibition of discrimination based on religión», disponible en http://www.era.int/web/en/resources/5_2341_2345_file_en.3173.pdf

³⁰ Desde una perspectiva más amplia véase O. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «Libertad religiosa y trabajo asalariado: condiciones y criterios de articulación», en *revista Española de Derecho del Trabajo*, 2007, núm. 33, pág. 75 y sig.

esta modulación, voluntariamente aceptada a través del contrato, que lejos de ser una renuncia definitiva —inaceptable desde un punto de vista constitucional— supone una simple limitación en el ejercicio de este derecho que encuentra su justificación en la tutela de éste u otros derechos fundamentales cuya titularidad corresponde a otros sujetos individuales o colectivos. Y en estos casos, la limitación no sólo podría extenderse al momento exacto de la prestación, sino, y en función concreta de la intensidad del contenido ideológico de la prestación, a momentos tradicionalmente considerados de la vida extralaboral del trabajador que, por su trascendencia pública —excluyéndose, por tanto los aspectos no manifestados o realmente privados de la misma—, pudieran provocar que la prestación no fuera correctamente desarrollada³¹. Por poner un símil, y a ejemplos meramente descriptivos, podríamos decir que al igual que los deportistas profesionales pueden verse sometidos a ciertas limitaciones en su actividad fuera del tiempo de trabajo —justificadas para conservar la capacidad para desarrollar su prestación (diligencia preparatoria)— estos trabajadores podría llegar a sufrir ciertas limitaciones en los aspectos públicos de su actividad extralaboral cuando dichos comportamientos pudieran ser relevantes para la correcta ejecución posterior de su prestación cualificada ideológicamente.

Desde esta perspectiva, el derecho a la libertad ideológica podría sufrir también, de forma similar a los anteriores, ciertas modulaciones voluntarias y temporales, justificadas por el contenido ideológico constitucionalmente admisible de su deuda voluntariamente asumida. Lo que ocurre es que estas modulaciones dependen —y esto no debe olvidarse— del contenido, de la intensidad ideológica de la prestación que se convierte así en el verdadero fiel para medir hasta donde sería constitucionalmente admisible llevar estas modulaciones.

En el caso concreto de los profesores de religión, esta forma de aproximarnos al problema —a mi juicio personal la más adecuada— nos llevaría a lo que en mi opinión es la cuestión fundamental: plantearnos el contenido concreto de la prestación de estos docentes. En definitiva, y por decirlo en pocas palabras, si por el contenido reclamado de su prestación —y asumiendo que ésta es constitucionalmente admisible en razón de los art. 27.3 y 16 CE— estos profesores son meros docentes de aspectos científicos de la religión o si, además de esta transmisión, se les pide —y este sería el contenido ideológicamente fuerte— que adoctrinen, como auténticos catequistas, estas verdades y creencias.

Mientras en el primer caso se trataría, por tanto, tan sólo de una transmisión de conocimientos que únicamente requeriría un respeto similar al

³¹ Vid. F.J. CALVO GALLEGO, *Contrato de trabajo y libertad ideológica*..., cit., passim.

exigido a los trabajadores neutros en empresas de tendencia —o en el art. 4.2 Directiva 2000/78/CE— en el segundo caso nos encontraríamos ante una prestación que por su vertiente de adoctrinamiento, de proselitismo, tan sólo podría ser correctamente ejecutada o cumplida —esto es, satisfecho el interés del acreedor— si por su comportamiento y actitudes públicas, incluso por su actividad extralaboral públicamente conocida, el docente representase y diese «testimonio» correcto —lógicamente desde la perspectiva de los padres y de la confesión— de la misma.

En otras palabras, si los padres de los alumnos y la Iglesia desean que este docente no sólo transmita los mandamientos de una fe —aspecto meramente científico—, sino que además fomente su aceptación y cumplimiento por parte de los alumnos, parece evidente —una vez que hemos aceptado lo primero— que el correcto cumplimiento de la prestación exigirá una determinada imagen pública o «testimonio» que implica o requiere a la vez una fuerte, inevitable, pero siempre voluntaria modalización de este derecho fundamental. Y todo ello sin olvidar que desgraciadamente el objeto específico de esta contratación —limitado a impartir esta materia, y nada más— impide, al menos a primera vista, una prioritaria adaptación de la prestación, a diferencia de lo que ocurre con el profesorado común que asume este tipo de docencia, para los que la pérdida de idoneidad supone tan sólo el cambio de actividad pero no, obviamente, la extinción de su relación.

Desde esta perspectiva, si analizamos, ya en concreto, la Orden ECI/1957/2007, de 6 de junio, por la que se establecen los currículos de las enseñanzas de religión católica correspondientes a la educación infantil, a la educación primaria y, por lo que aquí interesa, a la educación secundaria obligatoria, no nos cabe sino concluir que la opción de la jerarquía eclesiástica —la Conferencia Episcopal en este caso— es evidente. Aunque algo escondido, no es difícil detectar que «la enseñanza religiosa no se reduce a una enseñanza de valores; se dirige a la persona concreta en sus raíces ... Por eso la enseñanza ha de proponer a Jesucristo como camino que nos conduce a la verdad y a la vida y ha de hacerse desde la convicción profunda que procede de la Iglesia que profesa, celebra y vive la fe en Jesucristo, y, en consecuencia, mediante la forma propia y más coherente de transmitir esa fe de la Iglesia: el testimonio»

Sirva esta larga cita para constatar que la opción que se asume desde la Iglesia Católica es la segunda. No es una mera transmisión científica de conocimientos sobre el hecho religioso, sino también catequesis y adoctrinamiento³². Y ello reclamaría, en el caso concreto de los profesores de reli-

³² Véase M.A. CASTRO ARGÜELLES, «Los profesores de religión y moral católica...», cit., pág. 302.

gión católica, que estos tradicionalmente dispusieran — en el marco que proporcionan los cánones 804 y 805³³— no sólo de la Declaración Eclesiástica de Idoneidad (DEI) que avalaba su «profesionalidad» y conocimientos religiosos, sino también una *missio canonica* que avalara su «eclesialidad»³⁴; o, tras el que parece «Nuevo acuerdo de regulación sobre Declaración Eclesiástica de Idoneidad (DEI) de 27 abril 2007»³⁵, ya adaptado a la nueva regulación reglamentaria, una triple cualificación:

- la Declaración Eclesiástica de Competencia Académica (DECA), expedida por la Comisión Episcopal de Enseñanza y Catequesis, que sustituiría a la hasta ahora DEI y que reclamaría la partida de bautismo y conocimientos derivados de 300 horas lectivas mínimas
- Una nueva Declaración Eclesiástica de Idoneidad, expedida por el Ordinario diocesano y que supone «recta doctrina y testimonio de vida cristiana». Está nueva DEI estaría basada en consideraciones de índole moral y religiosa, criterios cuya definición correspondería necesariamente por mor del principio de neutralidad al Obispo diocesano. Y, obviamente, esta DEI podría ser revocada por el Ordinario diocesano cuando el docente dejase de cumplir alguna de las consideraciones por las que se concedió.
- Finalmente, se prevé una Propuesta del Ordinario diocesano (*missio canonica*), a la Administración Educativa, del profesor que considere competente e idóneo para un centro escolar concreto. Supone que está en posesión de la DECA y de la DEI. La propuesta será para cada año escolar, conforme con el art. III del Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales³⁶.

En cualquier caso, y más allá de señalar la perplejidad de una *missio* que vuelve a limitar las posibilidades que pretendía seguramente abrir la nueva regulación reglamentaria —¿hasta que punto la idoneidad religiosa

³³ Vid. J. DE OTADUY, «Relación laboral y dependencia canónica de los profesores de religión», en *Aranzadi Social*, 2000, núm. 14.

³⁴ En la terminología de la propia conferencia episcopal. Véase www.conferenciaepiscopal.es/ensenanza/profesor.htm. Desde la distinción entre competencia e idoneidad véase en J. DE OTADUY «El discutido alcance de la propuesta de los profesores de religión. A propósito de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de julio de 2003» en *Actualidad Jurídica Arzandi*, 2004, núm. 611 (BIB 2004/64),

³⁵ Tomado de http://www.revistaeclesia.com/index.php?option=com_content&task=view&id=11816&Itemid=50

³⁶ Sobre los principios y criterios para la inspección del área y el seguimiento (sic) de los profesores de religión católica puede consultarse el texto aprobado el 24-IV-2001 en la LXXXVI Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal —Madrid, 27 de abril de 2001— entre cuyos fines se señala expresamente «velar por la recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica de los profesores de religión». Disponible en http://www.conferenciaepiscopal.es/documentos/Conferencia/profesores_religion.htm

puede predicarse de un concreto centro y no de otro de la misma Diócesis? ³⁷— tan sólo nos gustaría realizar dos comentarios más.

El primero se centra en señalar que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional sólo las razones religiosas —y no otras, como la actividad sindical o el ejercicio de acciones judiciales en defensa de sus intereses— justificarían la no renovación o, en el nuevo contexto normativo —sobre el que volveremos de inmediato—, la extinción de la relación. Esta limitación al campo exquisitamente religioso del poder del Ordinario —que, al menos a mi juicio, ya se deducía con toda claridad del art. 4.2 de la Directiva 2000/78/CE—, significa que ahora no bastará la mera pérdida de confianza en el docente, intentando una semejanza, creo que no muy afortunada, con los supuestos de alta dirección. Las razones alegadas por el Ordinario —ya que como veremos, ahora sí será necesaria dicha exteriorización— deberán ser exclusivamente religiosas, sin que quepa, al menos a mi juicio, como consecuencia del principio de neutralidad, ningún tipo de control «prejudicial canónico» sobre el contenido religioso de esta decisión por parte de los órganos estatales interpretando los cánones 804 y 805 del Código Canónico ³⁸.

A mi juicio, la principal dificultad en relación con este test o control estribará, no en estos casos donde al amparo de la misma se intenta «castigar» el ejercicio por el docente de otros derechos como los de libertad sindical o la tutela judicial efectiva —casos éstos en los que seguramente y en el supuesto de existir también otros motivos religiosos verdaderos, deberíamos asumir una posición similar a la sostenida por el Tribunal Constitucional en relación con los despidos pluricausales ³⁹—, sino en aquellas otras hipótesis en las que la visión religiosa —que tiende a no limitarse al factor espiritual, sino a regular buena parte del comportamiento humano— pueda

³⁷ Una distinta valoración en J. DE OTADUY «El discutido alcance de la propuesta de los profesores de religión. A propósito de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de julio de 2003» en *Actualidad Jurídica Arzandi*, 2004, núm. 611 (BIB 2004/64), para el «puede perfectamente suceder que la relación de los fines propios de la enseñanza escolar en un determinado ambiente haga aconsejable contar con el trabajo de una persona consagrada... mientras que en otro resulte más conveniente la presencia de una madre de familia». Lo que a mi juicio no cabe es sostener que la mayor o menor cercanía del centro de trabajo al domicilio —véase lo sostenido por el autor, uno de los mayores expertos en esta materia— pueda ser un criterio de idoneidad «canónica» o «religiosa» que es lo único que por su peculiaridad material debe analizar el ordinario del lugar. Además, y como recuerda nuevamente M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., p. 29, lo que se pide de la confesión es su idoneidad o no, no su mayor o menor grado de idoneidad.

³⁸ Al igual que M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., pág. 29 no creo descabellado que estas cuestiones pudieran incluso remitirse al sistema judicial intrarreligioso de cada confesión.

³⁹ *Vid.*, por todos, C. RIERA VAYREDA, *El despido nulo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 190 y sig.

llegar a suponer un enfrentamiento con otras causas de discriminación, por ejemplo, en relación con la orientación sexual⁴⁰. Desde luego, el orden público constitucional debiera impedir dar trascendencia jurídica, al menos en el ordenamiento estatal, a razones que choquen contra este orden público, dando trascendencia pública a decisiones inaceptables desde el punto de vista constitucional. Pero una vez dicho esto, y respetando este orden público constitucional, absolutamente inaplazable, la exigencia de ciertos «comportamientos adecuados» a la forma de «abordar» este tema por parte de una confesión religiosa sí creo que, desgraciadamente, podrían exigirse a tales trabajadores, en la medida en la que deben dar «testimonio» de una fe que exige ese tipo de comportamiento para estos ciudadanos. En cualquier caso, es un tema sobre el que seguramente deberán pronunciarse nuestros Tribunales.

El segundo razonamiento, ya necesariamente escueto, se centra en los importantes problemas prácticos, pero al mismo tiempo, las enormes posibilidades y el casuismo al que puede conducir el último test que, sin ánimo de exhaustividad, señala el Tribunal Constitucional. Y es que, de acuerdo con su importante Fjco. 7 el órgano judicial debe también «ponderar» «la modulación que el derecho de libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza pueda ocasionar a los propios derechos fundamentales de los trabajadores en la relación de trabajo». Esto es, no será ya bastante con demostrar la existencia de una causa religiosa. Tras esta causa exclusivamente religiosa, será necesaria una ponderación en cada caso concreto de los intereses en juego lo que, como ya dijimos al principio de estas páginas, puede plantear bastantes controversias. Algo que, por lo demás, ya se constata en la primera de las sentencias de amparo que en este tema ha dictado el propio Tribunal Constitucional.

1.4. El primer equilibrio concreto: la STC 128/2007 de 4 de junio

Y es que en esta primera sentencia de amparo, la Sala Segunda —lejos de la uniformidad lograda en la argumentación abstracta— se divide en dos bloques, precisamente al hilo de este último test de proporcionalidad en sentido estricto.

Como se recordará, en el supuesto planteado en esta STC 128/2007 la ligazón entre la no renovación y la libertad religiosa del docente es clara. Se trataba, como el propio Ordinario reconoce, de los problemas derivados del comportamiento extralaboral de un sacerdote secularizado cuya condi-

⁴⁰ Véanse las interesantes reflexiones de C. CHACARTEGUI JÁVEGA, *Discriminación y orientación sexual del trabajador*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 70 y sig.



ción familiar es hecha pública por un medio de comunicación —lo que excluye al problema del campo de la intimidad— al hilo de unas declaraciones de una asociación que aglutina a este colectivo al que el demandante pertenece⁴¹.

El problema, por tanto, no proviene de los dos primeros test a los que hicimos referencia al hilo de la STC 38/2007, sino al último de proporcionalidad en sentido estricto. Tanto la Sentencia como el Voto particular asumen la imposibilidad de entrar —desde el principio de neutralidad de los órganos jurisdiccionales del Estado, y del propio Tribunal Constitucional como órgano del Estado— en si tales hechos son o no lo suficientemente graves o contrarios a la doctrina de una Entidad religiosa como para impedir o destruir la idoneidad de una persona para esta enseñanza. Este control es interno a la confesión y en él no pueden entrar los órganos estatales.

Donde en cambio surgen los problemas y las discrepancias es a la hora de abordar el último test. Y ello porque mientras la mayoría de la Sala aborda el problema desde una perspectiva quizás excesivamente genérica, que por demasiado abstracta, casi acaba reconduciendo y subsumiendo este último test al primero —la existencia de una causa religiosa real—, el voto particular la analiza desde un plano mucho más concreto, y a mi juicio bastante más acertado, aunque quizás no se compartan algunas de sus argumentaciones. Y es que la misma existencia de este test exige analizar y valorar los datos concretos de cada caso para analizar si la limitación de los derechos fundamentales del individuo serían proporcionales a las exigencias impuestas por los otros derechos constitucionales puestos en juego.

Es cierto que ello podría suponer una limitación de la libertad religiosa de la confesión o de los padres, pero dicha limitación es necesaria para evitar, por ejemplo, que cuestiones puntuales o de limitada importancia pudieran provocar consecuencias tan gravosas como las padecidas por el individuo. Y todo ello, claro está, manteniendo e imponiendo el orden público constitucional y sin que, por tanto, puedan darse relevancia a factores que contraríen el orden público constitucional. No estamos, por tanto, ni debemos estar ante un enjuiciamiento desde la perspectiva de la libertad religiosa de la entidad, sino si desde el plano constitucional, desde el esquema de valores que refleja nuestra Carta Constitucional, la decisión del ordinario

⁴¹ Un estudio detenido de la STSJ de Murcia frente a la que se interpuso el recurso en I.M. BRIONES MARTÍNEZ, «Profesores de religión católica...», cit., y también M. CARDENAL CARRO, «La constitucionalidad de la regulación de los profesores...», cit. Un muy interesante comentario a la decisión del Juzgado de lo Social en R. Y. QUINTANILLA NAVARRO «Despido discriminatorio de un profesor de religión, por ejercicio del derecho a la libertad de expresión, o transgresión de la buena fe contractual del trabajador? (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Murcia, de 28 septiembre 2000), en *Aranzadi Social*, 2000, núm. 14 (BIB 2000/15999)

podría suponer una limitación excesiva de los derechos fundamentales del individuo.

Se trataría, en definitiva, de una cuestión de límites, de gravedad y de trascendencia de comportamientos públicos de estos docentes, en la medida en la que ninguno de los derechos en juego sería absoluto e ilimitado. Y de cuestiones, que como decía al principio de estas líneas, motivarán sin duda una amplia controversia jurisprudencial. Y ello, claro está, siempre que no se acabe por hacer de este último test una cuestión meramente testimonial, haciendo prevalecer siempre el interés eclesiástico o de los padres y transformando en central el primer test que, al menos a mi juicio, en la Sentencia 38/2007 surgía correctamente como control negativo, previo, pero no suficiente.

En cualquier caso, sólo posteriores sentencias del mismo Tribunal Constitucional —que seguramente habrán de llegar— nos permitirá constatar si se avanza por la línea propuesta por la mayoría de la Sala, o si se intenta construir un juicio real de proporcionalidad que limite, aunque sea puntualmente, los poderes del Ordinario, en un equilibrio necesariamente más casuístico pero adecuado a la complejidad de este problema.

1.5. La nueva regulación legal y reglamentaria

Sea como fuere, y antes ya de concluir este comentario —excesivamente prolijo para las dimensiones reclamadas por esta colaboración— tan sólo nos gustaría resaltar, en primer lugar, que sobre todo este debate ha de pesar necesariamente la aparición del nuevo RD 696/2007 de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral —que no se tilda, obsérvese, de especial— de los profesores de religión de conformidad con lo dispuesto en la DA 3 LO 2/2006 de Educación ⁴².

⁴² De acuerdo con este precepto, «1. Los profesores que impartan la enseñanza de las religiones deberán cumplir los requisitos de titulación establecidos para las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, así como los establecidos en los acuerdos suscritos entre el Estado Español y las diferentes confesiones religiosas. 2. Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos. En todo caso, la propuesta para la docencia corresponderá a las entidades religiosas y se renovará automáticamente cada año. La determinación del contrato, a tiempo completo o a tiempo parcial según lo que requieran las necesidades de los centros, corresponderá a las Administraciones competentes. La remoción, en su caso, se ajustará a derecho.

Sin poder entrar aquí a analizar en profundidad las diversas cuestiones que esta norma plantea —baste señalar que en ella parece detectarse un claro y positivo deseo de profesionalizar a este personal, reduciendo e independizándolo (salvo en el nombramiento y revocación) del Ordinario⁴³— tan sólo nos interesa destacar aquí, y en relación con el objeto de este comentario, como en primer lugar, la nueva norma sigue manteniendo entre los requisitos exigibles para impartir esta docencia «haber sido propuesto por la Autoridad de la Confesión religiosa para impartir dicha enseñanza y haber obtenido la declaración de idoneidad o certificación equivalente de la confesión religiosa objeto de la materia educativa». Pero en cambio, y seguramente por los problemas que planteaba la adaptación de una modalidad temporal sin límite en su renovación con la Directiva 99/70/CE de 28 de junio sobre contratos de duración determinada —por no decir con la nueva regulación del art. 15.5 deducida del Ley 43/2006 de 29 de diciembre— no se opta, en segundo lugar, y como decimos, por una renovación automática de contratos temporales anuales, sino por configurar la relación como de duración indefinida, salvo en los casos de interinidad.

Esta opción no es en absoluto baladí para el problema al que nos enfrentamos, ya que, como habíamos visto, la anterior construcción normativa y su interpretación jurisprudencial habían llegado incluso a justificar extinciones automáticas de los contratos temporales en las que los motivos de la no renovación por la Autoridad Eclesiástica —y, por tanto, de la no contratación laboral por parte de la correspondiente Administración— ni tan siquiera tenían que hacerse públicos. Frente a esta situación es cierto que el art. 7 RD 696/2007 reconoce como «causa de extinción» —¿objetiva o simple condición resolutoria? ¿qué tratamiento recibe a efectos de impugnación y calificación?— la «revocación ajustada a derecho de la acreditación o de la idoneidad para impartir clases de religión por parte de la Confesión religiosa que la otorgó». Y sin poder profundizar aquí en los diversos problemas que esta nueva regulación plantea, lo que al menos a mi juicio parece evidente es que esta revocación deberá realizarse y, sobre todo, deberá justificarse expresamente; y, además, no en base a consideraciones generales, sino a los hechos concretos y específicos que justifican esta revocación y que, nuevamente, y al menos en mi opinión, delimitarán necesariamente el posterior debate jurisprudencial, a imagen y semejanza de lo que ocurre con los motivos alegados en la carta de despido.

De este modo, la nueva regulación no sólo da mayor estabilidad a estos trabajadores ajustando nuestro ordenamiento a las exigencias comunitarias, sino que además permite delimitar con mayor precisión los elementos

⁴³ En contra de la solución seguramente más correcta y adecuada. Véase M. CARDENAL CARRO, «La prestación de servicios...», cit., p. 25 y 26.

del, en su caso, posterior debate jurisprudencial y, sobre todo, del juicio de proporcionalidad al que antes hemos hecho referencia.

2. A MODO DE CONTRAPUNTO. LA ESCUELA PÚBLICA Y LA CREENCIAS Y APARIENCIA DEL DOCENTE: LA STEDH DE 15 DE FEBRERO DE 2001 (ASUNTO DEHALB)⁴⁴

La segunda cuestión que quisiera plantear, antes de concluir este comentario, se centra en lo que podríamos considerar la hipótesis opuesta a la hasta ahora analizada; esto es, si la hipotética exigencia de neutralidad religiosa absoluta en los centros escolares públicos —en aquellos países laicos donde sí existe una absoluta separación entre religión y Estado— podría incluso limitar ciertos aspectos, sobre todo de vestimenta y apariencia de los docentes que les vendrían impuestas por sus creencias religiosas.

Seguramente el ejemplo más significativo —que no el único— de este posible problema es la STEDH de 15 de febrero de 2001 (Asunto Dehalb c. Suiza). En ella se analizaba la problemática suscitada por la profesora de una escuela primaria de Ginebra (Lucia Dehalb) que, tras un periodo de búsqueda espiritual, abandono la fe católica en 1991 y se convirtió al Islam, empezando a llevar el pañuelo Islámico —foular— en el colegio público en el que trabajaba con niños de entre cuatro y ocho años desde 1989. Tras dos periodos de maternidad, en 1996, y sin que hubiera constancia de comentario alguno por parte de los padres, se la requiere por parte de la Administración Educativa para que deje de llevar dicho pañuelo, al ser incompatible su comportamiento con la legislación educativa, que prohibía a los docentes portar en su actividad «símbolos religiosos fuertes», entendidos estos como los inmediatamente visibles por otros. Esta decisión administrativa fue ratificada por los Tribunales suizos, siendo objeto finamente de impugnación ante el TEDH por posible violación del art. 9 CEDH que, como de todos es sabido, reconoce el derecho a la libertad religiosa⁴⁵.

⁴⁴ Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=670930&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=1132746FF1FE2A468ACCB CD1763D4D8149>

⁴⁵ El artículo 9 del CEDH (de 4 de Noviembre de 1950, ratificado por España con fecha 26 de septiembre de 1979, y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979 —revisado en conformidad con el Protocolo núm. 11 (Fecha de entrada en vigor 1 de noviembre 1998), titulado «Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», establece que :«1. Toda persona tiene derecho a la libertad del pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no pueden ser objeto de más restricciones que

En este caso, es evidente que el problema se suscita en relación con la apariencia y vestimenta. Pero más allá de cuestiones de género, lo que nos interesa aquí resaltar es la posición del Tribunal Europeo en relación con la admisibilidad o no de hipotéticas limitaciones legales a las exigencias de vestimenta —o apariencia— que impuestas por una determinada fe o creencia podrían entrar en conflicto con la neutralidad de la actividad docente y de la laicidad del Estado, por el impacto que estos símbolos podrían llegar a tener sobre menores de edad.

Y lo más llamativo del caso es que propio Tribunal Europeo, obviando seguramente la plena aplicación del principio de proporcionalidad, acepta básicamente la argumentación del la Corte Federal, señalando la admisibilidad de esta decisión en base al principio de neutralidad y a la escasa edad de los menores, tras una no baladí reflexión sobre el foular y su difícil reconciliación con el «mensaje de tolerancia, respeto a los otros, y, sobre todo, igualdad y no discriminación que todos los profesores en una sociedad democrática tienen que transmitir a sus alumnos».

En cualquier caso, y más allá, como digo, de las muy distintas soluciones que los problemas de vestimenta y creencias religiosas están teniendo en los tribunales de otros países⁴⁶, y al hecho, de que seguramente será ésta una de las cuestiones de futuro como consecuencia de la progresiva diversidad social y religiosa que conlleva la inmigración; más allá de todo esto, como decimos, sirva la mera mención de este caso para constatar como también el carácter laico y no religioso de una escuela pública está ya planteando en otros países europeos otras limitaciones, casi simétricas a las aquí analizadas, pero que también afectan a los docentes de su derecho de libertad religiosa.

Un problema, en definitiva, que seguramente, sólo está apareciendo y en relación con el cual no debiera olvidarse que muchos aspectos de nuestra cultura, incorporados al ámbito laboral —piénsese en la vestimenta o apa-

las que, previstas por la Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

⁴⁶ Para una amplia referencia de las distintas soluciones que a este tipo de problemas se han dado en el ámbito internacional —el caso Cooper en el Tribunal Superior de Oregón con una solución similar a la del TEDH, el caso Grant v. Canada en el Tribunal Supremo de Canadá sobre la utilización en su vestuario de signos religiosos por miembros de la Comunidad Sik, o la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de septiembre de 2003 en sentido contrario, señalando que las profesoras musulmanas podrán usar el velo islámico en tanto los estados federados no lo prohíban por ley, ya que el uso de estas prendas no es potencialmente peligroso para la laicidad del Estado — véase R. NAVARRO-VALLS, «Laicidad y simbología religiosa», disponible en <http://www.conoze.com/doc.php?doc=5400>



riencia del personal de atención al público en ciertos grandes almacenes, las faldas impuestas a determinadas vendedoras, los cascos, la apariencia...— son fruto de cinco siglos de «uniformidad» religiosa. Y que, por tanto, elementos que a primera vista para muchos de nosotros pudieran parecer religiosamente neutros, pueden llegar a ser discriminatorios para colectivos cada vez más importantes de nuestra población, dotados de una cultura y una sensibilidad religiosa distinta y a veces no siempre bien conocida. Pero ello, obviamente, es otro tema.





PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REINTERPRETACIÓN DE LA FALTA DE INGRESOS COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 20 de marzo de 2007

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

Universidad de Málaga

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

Doctorando del programa «Investigación y marketing» de la UMA

SUPUESTO DE HECHO: El actor solicitó baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomo (en adelante, RETA) ante la Tesorería General de la Seguridad Social, quien denegó la solicitud alegando que no consta suficientemente acreditado el cese de la actividad. Sin embargo, el trabajador consideró que no existía obligación de alta en el RETA ya que sus ingresos eran inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional. Por ello interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete que entendió que el actor realizaba una actividad por cuenta propia de modo habitual, personal y directo y a título lucrativo, y que, por tanto, debía estar incluido en el RETA.

Frente esta resolución el actor formuló recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, declarando éste la baja en el RETA como procedente. Pero dicha resolución no es compartida por la Tesorería que interpone recurso de casación para la unificación de doctrina alegando que la sentencia es contradictoria con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de enero de 2000 y que, además, se vulnera el art. 2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto.

RESUMEN: El art. 2 del Decreto 2530/1970 de 20 de agosto, especifica como requisitos imprescindibles que el trabajo se realice de forma personal y directa y a título lucrativo, así como de manera habitual, con el fin de poder encuadrar a un trabajador dentro del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La presente sentencia versa sobre el requisito de la habitualidad.

En su decisión, el Tribunal Supremo (Rec. 5006/2005. Ponente: D. Luis Gil Suárez) tiene en consideración los fundamentos desarrollados en la STS 29-10-1997, donde se estima que la referencia del Salario Mínimo Interprofesional a fin de fijar la habitualidad de la actividad es el mejor medio para probar la misma. A este respecto se alega además que la mejor forma de medir la habitualidad de la actividad en los trabajadores por cuenta propia es la relativa a los ingresos puesto que, de forma general, en estos casos la correlación entre el tiempo de trabajo invertido y el beneficio económico obtenido suele ser estrecha. Además, añade que el hecho de tan reducidos ingresos por la actividad en litigio, a pesar de obtenerlos anualmente de forma regular, no demuestran que lo fueran con carácter mensual y, en cualquier caso, al ser tan mínimos pueden ser considerados como complementarios de cualquier otra actividad.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. UN BREVE RECORDATORIO DE LAS CONDICIONES DE ACCESO AL RETA
3. EN ESPECIAL, SOBRE LA HABITUALIDAD
4. SOBRE LA NECESIDAD DE CORREGIR ESTE CRITERIO INTERPRETATIVO
5. EL ESTATUTO DE TRABAJADOR AUTÓNOMO: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

1. INTRODUCCIÓN

La doctrina que se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 que ahora se comenta no es nueva. Han sido ya en varias resoluciones de esa misma sala de lo social las que, creando jurisprudencia, han venido a confirmar que el criterio del montante de las retribuciones percibidas por el trabajador autónomo es un criterio apto para apreciar el requisito de habitualidad, condición «sine qua non» para la inclusión en el campo de aplicación del RETA.

Desde una perspectiva histórica, por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico, salvo la protección establecida por la Ley de 10 de febrero de 1943 que estableció el Régimen Especial Agrario en el que se incluían también a los trabajadores autónomos, no es hasta 1960 con el Decreto 1167/1960, de 23 de junio, cuando se produce la extensión de los beneficios del mutualismo laboral a los trabajadores autónomos y artesanos. Y es que, de

un lado, la puesta en marcha de los seguros sociales tenía inicialmente como objeto la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores por cuenta ajena, por lo que se trataba de aplicar las técnicas de los seguros a los riesgos sociales procurando prestaciones sustitutivas de los salarios dejados de percibir. De otro, porque la inclusión de los trabajadores por cuenta propia en el sistema de previsión social planteaba un problema de financiación, derivada de las propias características consustanciales a esta forma de prestar servicios profesionales.

Así pues, el mutualismo obrero fue la forma de inclusión de los trabajadores autónomos en el sistema de protección social, justificándose ello en la necesidad de protección de los mismos por su débil capacidad económica y en la toma en consideración de las reiteradas peticiones de acceso al sistema que venía formulando el colectivo de trabajadores autónomos¹.

Pero, en cualquier caso, la inexistencia de empresario que soportara una parte de las cotizaciones suponía que el trabajador autónomo (que en la mayoría de los casos tenía una débil capacidad económica) debía asumir la totalidad de la cuota. Para resolver esta situación, como recuerda CERVILLA GARZÓN, o bien el estado subvencionaba parte de la misma, lo cual no parece que fuera viable en términos económicos, o bien se solicitaba la afiliación voluntaria para aquellos con mejores posibilidades económicas².

Desde los inicios, en nuestro sistema, las fórmulas legislativas adoptadas para la inclusión de los trabajadores autónomos en el sistema de protección social se configuraron de modo obligatorio para aquéllos que cumplieran una serie de requisitos. Y es que, desde el primer momento, se establecieron condiciones o requisitos para que tales trabajadores pudieran acceder al sistema³, siguiéndose esta idea desde la Ley de Bases de la Seguridad Social (Base 2.^a, apartado 5 b) hasta la actualidad⁴. El art. 10. 1 de la

¹ Véase más extensamente, CAVAS MARTÍNEZ, F. y CÁMARA BOTÍA, A. *La acción protectora de Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Thomson-Aranzadi, Elcano, 2005, págs. 27 y siguientes.

² En *La acción protectora de los trabajadores autónomos en el sistema español de Seguridad Social*, CARL-Mergablum, Sevilla, 2005, pág. 33.

³ En aquella época exigía ser menor de 55 años y estar afiliados al sindicato vertical, impidiendo la inclusión en los casos de que ese trabajador se encontrase encuadrado como trabajador por cuenta ajena en otra mutualidad o tuviera a su servicio más de seis asalariados.

⁴ La LBSS incluía dentro del campo de aplicación del sistema a los «trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de 18 años, que figuren integrados como tales en la entidad sindical a la que corresponda el encuadramiento de su actividad y reúnan los requisitos que de modo expreso se determinen». En la actualidad, el art. 7.1b) de la LGSS delimita el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sean o no titulares de empresas individuales o familiares, mayores de 18 años, que reúnan los requisitos de de modo expreso se determinen reglamentariamente.

LGSS establece, como es conocido, que los regímenes especiales se establecerán en actividades profesionales en las que se hiciere preciso para la adecuada aplicación de los beneficios del sistema de Seguridad Social, atendiendo a su naturaleza, a sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o a la índole de sus procesos productivos.

Finalmente, recordar que la concreción de requisitos o condiciones de acceso se contempla en el art. 2.1 del Decreto 2530/1970, de 20 agosto 1970, del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, que indica que: «A los efectos de este régimen especial, se entenderá como trabajador por cuenta propia o autónomo aquel que realiza de forma habitual; personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otra persona». En este artículo se enumeran sin entrar en detalle, y es este hecho el que ha propiciado numerosas sentencias al respecto de su interpretación, las características necesarias para que una actividad pueda ser considerada propia del trabajador autónomo.

Recientemente, y con posterioridad a que se dictara la sentencia en cuestión, se ha aprobado una nueva ley, de Estatuto del Trabajador Autónomo (y que aún no ha entrado en vigor)⁵, que viene a configurar un marco general y específico de toda la normativa sobre trabajadores autónomos que se encontraba disgregada a lo largo del ordenamiento jurídico. En su artículo 1.1 se da una nueva redacción a la definición de trabajador autónomo o por cuenta propia, y es la que sigue: «La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena». Además, amplía su campo de acción a otras situaciones, en las que no nos centramos por no afectar directamente a la materia objeto de este comentario.

Como se aprecia, al margen de lo comentado en torno a los familiares, la nueva definición no aporta nada nuevo al concepto. En lo referente a la sentencia en cuestión y en su apreciación sobre la habitualidad, la nueva ley no viene a definirla ni interpretarla por lo que continuaremos entendiendo por «habitualidad» lo recogido en la doctrina jurisprudencial.

Estas condiciones de acceso, que continuaban siendo las mismas, el tener que soportar las cotizaciones y la muy limitada protección inicial llevó consigo el que numerosos autónomos, a pesar de estar obligados a darse de alta en el sistema, no se encuadraran, justificando ello, en no pocas ocasiones, en la falta de cumplimiento de alguno de los requisitos exigidos para el acceso.

⁵ En el momento de finalizar este comentario se había aprobado la norma en el Congreso, y hemos utilizado el texto aprobado en dicha sede, pero no se ha publicado aún.



Pero lo cierto es que, en el RETA no hay libertad para estar o no estar. Cumplidos los requisitos para acceder al sistema, la inclusión es obligatoria en su campo de aplicación⁶.

2. UN BREVE RECORDATORIO DE LAS CONDICIONES DE ACCESO AL RETA

Como acaba de decirse, la inclusión en el RETA lo es de forma obligatoria para los trabajadores autónomos que cumplan una serie de requisitos*. En la sentencia que se comenta lo que se pretende por parte del trabajador autónomo, dedicado a la venta ambulante de menaje de cocina, es, precisamente, lo contrario darse de baja en dicho régimen por no cumplirse todos los requisitos exigidos para el acceso al mismo.

Dejando de lado, elaboradas tesis doctrinales que distinguen los requisitos de ámbito objetivo de los requisitos de ámbito subjetivo⁷, nos centraremos brevemente en el comentario de los exigidos en el art. 2.1 del Decreto 2530/1970.

— El trabajo autónomo habrá de ser realizado de forma personal y directa: el trabajador autónomo realiza su actividad de manera personal y directa, con independencia de que puedan participar más personas (trabajadores o no) en dicha actividad. Esta característica es la que lo identifica como un trabajador por cuenta propia al desarrollar su tarea sin que medie en forma alguna las notas propias y características de la ajenidad.

Esto implica que el autónomo es el dueño de los recursos necesarios para producir o prestar el servicio, por lo que asume los riesgos de los resultados de la actividad económica que realiza⁸. Se tiene la idea de que el trabajador autónomo es su propio empresario, aunque para ser calificado

⁶ Aunque algunos colectivos se les permita optar por incluirse o no, como es el caso de los profesionales colegiados con mutuas de previsión propias.

* El reciente Estatuto del Trabajador Autónomo, también lo prevé así en su artículo 24

⁷ Véase, por ejemplo, APLLUELO MARTÍN, M., en *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente, del pequeño y del dependiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 121 y sigs, donde distingue los requisitos de ámbito objetivo (actividad económica, titularidad de la actividad, cualidad de empresario-empleador que inexistencia de contrato de trabajo) y los requisitos de ámbito subjetivo (habitualidad, de forma personal y directa, edad y territorialidad y nacionalidad).

⁸ En palabras de GÓMEZ CABALLERO, P. «Se trata, por tanto, de un trabajador que dispone de su propio trabajo, que se apropian de los frutos y que soportar los riesgos derivados de él, y que realizará su actividad laboral en las condiciones señaladas» en *Los trabajadores autónomos y la seguridad social: campo de aplicación y acción protectora del «RETA»*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 26.

como trabajador por cuenta propia no basta con ser titular de una empresa o negocio, sino que es preciso que aquél realice su respectivo trabajo, de forma personal y directa.

— El trabajo autónomo conlleva una actividad económica y lucrativa: la actividad desarrollada por el trabajador autónomo busca una contraprestación económica por la prestación de su trabajo o ejecución de su actividad. Lo que es coherente con las reglas generales de acceso al sistema de Seguridad Social puesto que la inclusión en el nivel contributivo de la Seguridad Social se articula en base a la realización de una actividad profesional. Concepto de «actividad económica» que ha de interpretarse de forma amplia⁹. A este respecto, quedan excluidas del marco conceptual de la actividad autónoma aquellas tendentes al aprovechamiento del tiempo de ocio, las realizadas por amistad, etc¹⁰.

Por otra parte, la actividad autónoma debe ser lucrativa, lo cual implica la intención de obtener beneficios de naturaleza económica, excluyéndose por tanto actividades tendentes al autoconsumo. Sobre la obtención de lucro, se incidirá más abajo.

Tampoco es necesario que la actividad sea el medio exclusivo de sustento, ya que esta actividad podrá ser la forma exclusiva de obtención de beneficio para el autónomo o podría ser compartida con otro tipo de actividad que proporcionara ingresos adicionales¹¹.

— La actividad del autónomo no es una relación sujeta a un contrato de trabajo: el trabajo autónomo no está regulado por la legislación laboral que afecta a los trabajadores por cuenta ajena, de manera que las relaciones contractuales con los clientes se enmarcan en otras disciplinas jurídicas como la legislación mercantil. Esta no sujeción a la legislación laboral convierte al autónomo en un trabajador independiente, que puede organizar sus recursos técnicos y económicos como estime adecuado, sin tener que responder ante un superior o empresario.

Tal independencia se produce también a nivel económico. En este sentido, el autónomo no depende económicamente de un tercero predetermina-

⁹ Como dice APLILLUELO MARTÍN, la actividad profesional puede ser de cualquier tipo y contenido, ya se trate de un trabajo físico o intelectual, de gestión empresarial, de explotación de una empresa o industrial o de un establecimiento o negocio de servicios o comercial, o de gestión administrativa o artísticas, etc., o, en fin, transformadora de bienes o servicios encaminada a la atención de los bienes económicos o materiales necesarios para la subsistencia, en *op. cit.*, pág. 121.

¹⁰ Por todos, VALDÉS ALONSO, A. «La regulación del trabajo por cuenta propia o autónomo: el estado de la cuestión», en *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, CIRIEC, agosto, 2005, pág. 159.

¹¹ No es lo mismo que para los autónomos del Régimen Agrario o del Régimen del Mar, en los que se exige que dicha actividad sea medio fundamental de vida, lo que puede impedir la realización de otras actividades simultáneas.



do que remunerare su esfuerzo, sino que su retribución o ingresos provendrán como consecuencia de los distintos contratos y actividades que formalice con sus clientes.

Podemos recordar, a este respecto, que el trabajador autónomo o por cuenta propia no vende, como en el caso del trabajador asalariado, su fuerza de trabajo, sino que vende la prestación de un servicio al que el mismo ha aportado el valor añadido necesario.

3. EN ESPECIAL, SOBRE LA HABITUALIDAD

Como se ha dicho más arriba, el autónomo que inicia este procedimiento judicial para darse de baja en el RETA argumenta que no cumple el requisito de habitualidad por entender que los ingresos obtenidos por el ejercicio de la actividad mostraban, por su escasez, la inexistencia de habitualidad. Esto es, el actor que estaba dado de alta en el RETA pretende que la Tesorería le dé la baja en dicho régimen ya que desde enero de 1998 sus ingresos anuales vienen siendo inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional, basándose en la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1997. El Tribunal Supremo viene a interpretar una norma, el artículo 2.1 del Decreto 2530/1970, estableciendo un criterio «razonable» para medir la característica de habitualidad exigida para encuadrarse en el RETA. Pero antes de centrarnos en ella, vamos a realizar una serie de apreciaciones previas.

El artículo 2.1 del Decreto 2530/1970 se refiere a la actividad llevada a cabo «*de forma habitual*». Ahora bien, ¿qué entendemos por habitual? Como en tantas otras ocasiones el legislador peca de ambigüedad y no precisa lo suficiente y necesario con el fin de la aplicación literal de la norma. El legislador nunca ha pretendido fijar de forma clara la habitualidad en «*términos objetivos perfectamente cuantificables*», una decisión adoptada por dos motivos: primero, porque resulta evidente lo difícil que resulta definir de forma objetiva la forma de cómo debe desarrollar su actividad un colectivo tan heterogéneo como el de los trabajadores autónomos, sobre todo cuando ello deba ponerse en relación con la percepción de los beneficios perfectamente cuantificados en un momento exacto. Segundo, porque la inclusión del trabajador independiente en el RETA resulta perfectamente compatible con la inclusión del sujeto en otros regímenes especiales o en el general, por lo que, en ocasiones, las actividades desempeñadas no puede aislarse y valorarse en compartimentos estancos¹². Sólo se aclaran dos situaciones en

¹² Así lo dice, BALLESTER PASTOR, I., «¿Existe una medida de «habitualidad» objetiva que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿Existe para los

las que a pesar de que no se dé una continuidad se entenderá al trabajador incluido en el campo de aplicación del sistema: para los trabajos de temporada y en los casos de inactividad por enfermedad o accidente.

Si atendemos a la definición de la Real Academia Española encontramos lo siguiente: «*Que se hace, padece o posee con continuación o por hábito*». A simple vista parece claro el carácter temporal de la definición, que hace referencia a la repetición continuada y regular de la actividad en cuestión. No debe confundirse la habitualidad exigida con la periodicidad, pues el trabajo autónomo debe ser, cotidianamente, la principal actividad productiva que desempeñe el trabajador¹³. Se trata de un trabajo desarrollado de forma continua, con dedicación y con profesionalidad, esa relación entre habitualidad y profesionalidad permite «a priori» excluir las tareas marginales, esporádicas u ocasionales¹⁴.

Podríamos decir que el trabajador por cuenta propia se caracteriza por desempeñar su actividad de forma habitual, es decir, presenta una dedicación a una actividad concreta que permite catalogarle dentro de algún sector. El autónomo se dedica a algo concreto que representa su actividad económica principal. En esta misma línea señala LÓPEZ ANIORTE que la actividad desarrollada por el trabajador autónomo debe tener por finalidad la transformación de bienes y servicios «*a través de los cuales se obtengan los bienes económicos o materiales necesarios para la subsistencia*»¹⁵ o, dicho de otro modo, ha de «*procurar un interés crematístico*»¹⁶.

Ese ánimo de lucro que acompaña al desarrollo de actividad económica ha de tener, según PIÑEYROA DE LA FUENTE, un resultado económico, ya que si no lo hay (o lo hay de forma insuficiente) se trataría de un «trabajo marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida» y por tanto excluido del RETA, en aplicación analógica del art. 7.6 de la LGSS, que excluye del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social a tales tipos

subagentes de seguros? Efectos y alcance de la doctrina judicial al hilo de las relevantes sentencias de la sala de la social del Tribunal Supremo del 29 de octubre de 1997 y de 29 de abril de 2002. *Aranzadi Social*, t. 5, 2002, págs. 1131 y 1132.

¹³ Como indica, BLASCO LAHOZ, J.F, en *El régimen especial de trabajadores autónomos. Teoría (doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia)*, op. cit., pág. 57. En el mismo sentido de la STS, sala contencioso, de 21 de diciembre de 1987.

¹⁴ Como indica BENLLOCH en «La nota de habitualidad en el trabajo autónomo y el derecho del trabajador por cuenta propia a dejar de prestar su actividad en determinados período de tiempo. Comentario a la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de abril de 2001», *Aranzadi Social* núm. 11, 2001.

¹⁵ «Ámbito subjetivo del RETA: problemas actuales, con especial referencia a la redefinición jurisprudencial de la nota de habitualidad»; *Documentación Laboral*, 2003 núm. 69, pág. 66.

¹⁶ Nuevamente, BALLESTER PASTOR, I., op. cit., pág. 1130.



de trabajos¹⁷. Analogía que no puede compartirse ya que dicho precepto, para excluir a los trabajadores del campo de aplicación, requiere de una norma reglamentaria que expresamente lo establezca y además es necesaria, ex art. 4.1 del CC, una laguna normativa que no existe (sólo se trata de un problema de interpretación) y tampoco puede entenderse que haya una identidad de razón en los supuestos (conociendo sobre todo la doctrina constitucional que justifica la diferencia de trato en los distintos regímenes de la Seguridad Social en base precisamente a las distintas realidades que los mismos regulan).

Es clara pues la relación directa entre la habitualidad y la obtención de un lucro económico ya que una mayor actividad del autónomo tendrá, en condiciones normales, efectos directos en los recursos económicos que se obtengan.

Sin embargo, la dificultad para demostrar el carácter de la pervivencia temporal ha dado lugar, como veremos más abajo, a otras interpretaciones por parte del Tribunal Supremo.

La inseguridad de la norma ha hecho que la jurisprudencia tratara de unificar criterios generales que limiten el casuismo de las decisiones judiciales y la inseguridad que ello comporta.

Siguiendo a DESDENTADO y TEJERINA¹⁸, por su claridad, el primer mecanismo de seguridad se impuso en la jurisdicción contencioso administrativa y consistía en el recurso a la identificación entre la actividad habitual y la actividad principal (SSTS de 21 de diciembre de 1987 y 2 de diciembre de 1990) en la que se afirma que «la habitualidad no es confundible con la periodicidad, sino que el trabajo personal y directo debe ser la principal actividad productiva que el trabajador desempeñe»¹⁹. Alguno ya venía manteniendo esta misma tesis, e indicaba que, aunque la norma no lo dijera expresamente, del requisito de habitualidad en el trabajo lucrativo se podía deducir la exigencia de que este trabajo sea «medio fundamental de vida» del autónomo²⁰, tesis que no puede compartirse ya que ser «medio fundamental de vida» puede ser un elemento para tener en cuenta la inclusión del

¹⁷ En *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 43.

¹⁸ En DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 263 y sigs.

¹⁹ Y continúa diciendo más adelante: «y ello no ocurre cuando una labor es secundaria o complementaria de otra principal que constituye el núcleo central de la actividad productiva, con la que el trabajador complementa los ingresos necesarios para sufragar atenciones personales o familiares».

²⁰ Por todos, ORDEIG FOS, J.M., en «Socios administradores de las empresas. Problemática de su afiliación al régimen general o al de autónomos», *Tribuna Social* núm. 39, 1994, pág. 12.

trabajador en el campo de aplicación pero también es cierto que este régimen permite la pluriactividad del trabajador autónomo pudiendo realizar actividades o trabajos por cuenta ajena que den lugar a su inclusión en otros regímenes de la Seguridad Social²¹. La doctrina judicial emanada de las sentencias citadas también fue criticada porque el criterio de entender la actividad como «medio fundamental de vida» era específico de los trabajadores autónomos del Régimen Agrario pero no del RETA.

El segundo criterio jurisprudencial es el establecido en la STS (Sala de lo Social) de 29 de octubre de 1997 la que se ha constituido como claro referente del asunto que ahora se analiza. Reconociéndose que sería más correcto recurrir a módulos temporales que a módulos retributivos, se indica que las dificultades de concreción y de prueba de las unidades temporales determinantes de la habitualidad hacen en la práctica imposible la aplicación de aquel criterio, mientras que a su juicio la experiencia muestra que «en las actividades de los trabajadores autónomos el montante de la retribución a guarda normalmente una correlación estrecha con el tiempo de trabajo invertido» y en este sentido considera que «la superación del umbral del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad» y ello tanto por ser indicativo de permanencia y continuidad en el trabajo, como por su objetividad, que excluye la necesidad de una ponderación subjetiva de la significación de los ingresos, que no se considera adecuada a efectos de establecer el encuadramiento en la Seguridad Social. Siendo una medida a la que «*el legislador recurre a ella con gran frecuencia como umbral de renta o de actividad en diversos campos de la política social, y específicamente en materia de Seguridad Social*»²². Esta

²¹ Quizás por ello, GÓMEZ CABALLERO, P. indica que los ingresos obtenidos sean básicos «como medio fundamental de vida, o, al menos, se manifiesten de forma relevante», en *Los trabajadores autónomos y la seguridad social: campo de aplicación y acción protectora del «RETA»*, op. cit., pág. 27.

²² Esta línea interpretativa marcada por el Tribunal Supremo ha sido respaldada de manera regular por las sentencias que desde 1997 se producen al respecto de hechos similares que requieren la interpretación del art. 2.1 del Decreto 2530/1970 conforme a la habitualidad. Valgan de ejemplo las sentencias: STSJ Andalucía (sede Sevilla) Sala de lo Social, sec. 1.ª, S 13-6-2003, núm. 2063/2003, rec.1290/2003. Pte: Reinoso y Reino, Antonio; STSJ Cataluña Sala de lo Social, S 6-6-2003, núm. 3607/2003, rec.7180/2002. Pte: Alvarez Martínez, José César; STSJ Extremadura Sala de lo Social, sec. 1.ª, S 17-3-2004, núm. 158/2004, rec.112/2004. Pte: Cano Murillo, Alicia; STSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1.ª, S 1-3-2004, núm. 1764/2004, rec.505/2002. Pte: Arastey Sahún, M.ª Lourdes; STSJ País Vasco Sala de lo Social, sec. 1.ª, S 12-4-2005, núm. 926/2005, rec.2881/2004. Pte: Eguaras Mendiri, Florentino; entre otras. Especial mención merece la STSJ de Extremadura de 17 de marzo de 2004, que en la misma línea de interpretación realiza algunas apreciaciones. Así, se apunta como requisito de la habitualidad a la profesionalidad de la actividad desarrollada por el trabajador por cuenta propia. Estima que la habitualidad hay que entenderla como «aquella actividad que se realiza en términos de profesionalidad al ser presupuesto general para determinar la protección del



solución ha sido también criticada por la asunción de una función cuasi legislativa por parte de la jurisprudencia, al sustituir en la práctica el criterio de dedicación temporal por el de la retribución.

4. SOBRE LA NECESIDAD DE CORREGIR ESTE CRITERIO INTERPRETATIVO

Y es que, a diferencia de lo que sucede en relación los autónomos agrarios, no existe exigencia en el RETA de que los ingresos obtenidos por el ejercicio de la actividad económica a título lucrativo deban representar un nivel determinado en orden a la cobertura de las necesidades propias y familiares.

Dice con mucha razón BALLESTER PASTOR, que no siempre toda actividad autónoma genera beneficios, bien porque a veces hay pérdidas o bien porque puede haber periodos en los que la actividad solamente sirva para cubrir gastos, cosa que suele ocurrir, sobre todo al comienzo de cualquier actividad profesional o negocio ya que frecuentemente no aporta resultados económicos positivos hasta pasado un lapso de tiempo inicial²³. La aplicación de esta teoría de obtención de ingresos superiores al salario mínimo interprofesional llevaría consigo la exención de encuadramiento de todos los nuevos emprendedores autónomos hasta que demostraran que ha habido ganancias suficientes para entender como habitual el trabajo. Además, el cómputo de los ingresos al ser anual, supone que el conocimiento de las ganancias se realiza a final de año, cuando ya han transcurrido los plazos para el cumplimiento normal de las obligaciones de alta y cotización, supondría un alta «insegura» ya que su revisión por carencia de ingresos, llevaría a la devolución de cuotas indebidamente percibidas²⁴. Junto a ello, ha de pensar que el trabajador autónomo es un emprendedor que busca riquezas y que para ello tiene una serie de gastos en inversiones y en impuestos y cotizaciones a los que necesariamente ha de afrontar para llevar a cabo su actividad, y es algo que debe conocer de forma previa al inicio de la actividad; lo mismo, que el Estado establece, en distintas Administraciones Públicas, sub-

sistema público, según el artículo 2 del D2530/1970, lo que excluye las tareas esporádicas u ocasionales, debiendo además de conllevar alguna permanencia o estabilidad, comportar resultados productivos relevantes y no meramente marginales o accesorios», debiendo determinarse, como se viene señalando a lo largo de toda la exposición, «con criterios objetivos».

²³ *Op. cit.*, pág. 1131.

²⁴ Señala APLLILLUELO MARTÍN, que no es obstáculo a la calificación como lucrativa la actividad que presente pérdidas, sin percepción económica alguna, pues lo importante es el ejercicio de la actividad que orientado a la buena marcha de la misma «puede que no alcance esa actividad», *op. cit.*, pág. 122.

venciones para el inicio de la actividad autónoma que puede llevar incluso a la bonificación o exención de cuotas al RETA.

En realidad, el nivel de ingresos opera en muchos casos con independencia de la continuidad de la dedicación, bien porque haya una dedicación habitual con pocos beneficios económicos o bien porque haya una actividad esporádica con importantes ingresos (superiores al límite del salario mínimo interprofesional).

En la sentencia que se comenta nos encontramos a un trabajador autónomo, vendedor ambulante, que es el que declara sus ingresos anuales. No se pone en duda la veracidad de sus ingresos, evidentemente, si la Agencia Estatal Tributaria no lo hizo, tampoco tenía que hacerlo ni la TGSS ni los jueces de lo social. Pero si es cierto y verdad, por constatado, que la prueba de la realidad de ingresos sólo puede hacerse respecto de los trabajadores por cuenta ajena, ya que la de los trabajadores por cuenta propia viene a hacerse por estimaciones o por declaraciones, difícilmente refutables por la inspección fiscal; conociéndose por notorio que la mayor parte del fraude fiscal se concentra en las profesiones liberales y actividades autónomas. Evidentemente, el fraude no puede presumirse por lo que de no haberse probado en este supuesto es que no ha existido.

No obstante ello, en cualquier caso la declaración de ingresos de un autónomo es una puerta abierta para que en el futuro, sea el autónomo bien asesorado el que decida cuando le corresponde encuadrarse en el sistema y cotizar, cosa que sería contrario al carácter público y obligatorio del sistema de Seguridad Social. Además, esa idea de la obligatoriedad en la inclusión al sistema se basa en el interés del Estado de proteger a los beneficiarios del sistema y, por supuesto, cuanto más bajas sean las rentas más necesidades de protección.

Pero, quizás lo más preocupante de la sentencia es que haya aplicado la jurisprudencia anterior, de corrido, sin meditar demasiado la situación concreta, pues respecto de la fundamentación propia dice algo, que no se comparte, pues, fundamenta en una hipótesis más que en los hechos. El hecho cierto es que el vendedor ambulante estuvo varios años presentando declaraciones de ingresos por la actividad que realizaba (desde 1997 a 2001), lo que a mi juicio, es clara muestra de habitualidad; pero a juicio del Tribunal Supremo ello «no demuestra no constata que la misma se haya realizado todos los meses de cada uno de esos años, ni siquiera en la mayoría de esos meses»²⁵, lo que viene a incluir en fundamentación un «nuevo hecho pro-

²⁵ En sentido contrario, BALLESTER PASTOR, indica que la norma no exige que el trabajo tenga «que ocupar toda la jornada laboral diaria y todos o la mayor parte de los días del año», *op. cit.*, pág. 1132.



bado», o, mejor dicho, la utilización de un hecho «no probado» o hipótesis para la fundamentación del derecho aplicable.

Si lo que la norma pretende es la exclusión del campo de aplicación del RETA de las actividades marginales o tareas de escasa entidad o esporádica, la exclusión por tales motivos es una cuestión que debería de analizarse en cada caso particular²⁶.

Quizás en este caso debería haberse utilizado la doctrina aclaratoria de la STS de 14 de abril de 2002, la cual viene a aclarar que la doctrina anterior «lejos de establecer una equiparación conceptual entre la habitualidad y un determinado nivel de ingresos, lo que aplica en ese nivel como indicador de la existencia de aquella ante las dificultades virtualmente insuperables de concreción y prueba de las unidades temporales determinantes de habitualidad». Esa carencia de rentas es un indicador, pero no el único determinante de la habitualidad²⁷, y muy relevante en el caso que se analiza es la realización de la actividad durante más de 4 años.

5. EL ESTATUTO DE TRABAJADOR AUTÓNOMO: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Evidentemente, si el objeto principal de los sistemas de Seguridad Social es la cobertura de las situaciones de necesidad, la exclusión del sistema de protección social de los trabajadores autónomos con menos capacidad económica viene a ser un contrasentido, pues, precisamente, quienes más necesitan del sistema de protección social son los que menos tienen.

Sin duda, el régimen especial en nuestro sistema público de Seguridad Social de mayor proyección e implantación es el RETA, relevancia que se ha visto incrementada por la evolución tanto del mercado de trabajo como de la propia estructura y protección de la Seguridad Social, «que sigue siendo resultado de fenómenos o tendencias dirigidas, entre otros aspectos, a la ex-

²⁶ «Por ello y mientras se mantenga la actual regulación, quizá sea más conveniente limitarse a una aplicación casuística, que, aunque puede generar inseguridad, permite un mayor margen de flexibilidad, orientando el requisito de forma realista hacia una actividad dotada no sólo de cierta continuidad en el tiempo, sino también de una regularidad que permita establecer como previsible el mantenimiento de un ejercicio profesional continua». Nuevamente, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.I., *La seguridad social de los trabajadores autónomos*, op. cit., pág. 66.

²⁷ En este sentido tan coherente, la STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2000, entiende que la STS de 10 de octubre de 1997 no cierra las puertas a otras posibles interpretaciones, ya que considera que «el criterio de la cuantía de la retribución es, entre otros posibles, un criterio apto para la apreciación del requisito de la habitualidad en el trabajo de los subagentes de seguros, pero no excluye como se ve dicha sentencia la posible aplicación de otros criterios para determinar si cumple el requisito de la habitualidad».

clusión del ámbito del derecho del trabajo y a la no consideración como trabajadores por cuenta ajena de las personas que realizan determinadas actividades profesionales, a la revisión del mismo concepto del trabajador autónomo desde un punto de vista más realista, y al deseo de racionalización y homogeneización de la estructura del sistema público de Seguridad Social en dos únicos regímenes de trabajadores por cuenta ajena y de trabajadores por cuenta propia»²⁸. Y por ello la necesidad de que el mismo se encuentre saneado financieramente.

Evidentemente, la cotización del trabajador autónomo tiene una importante flexibilización ya que es el mismo el que, en determinadas condiciones, puede elegir las bases por las que pretende cotizar.

Evidentemente la exclusión de los trabajadores autónomos marginales se produce quizás por la rigidez en las bases mínimas de cotización, si se replanteara la cotización, al menos en su base mínima, por lo realmente declarado todo este problema habría quedado resuelto, pues como es conocido los trabajadores por cuenta ajena a tiempo parcial pueden cotizar por bases inferiores a la mínima (aunque no por cuantías inferiores a bases mínimas por horas realmente trabajadas) y no por su «marginalidad» quedan excluidos del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social.

Realmente, lo que hay es un problema de modalización de la cotización a las rentas obtenidas. Problema que se pensó podría desaparecer al incluir su regulación en el Estatuto del Trabajador Autónomo pero que finalmente no ha sido regulado y por tanto vuelve a quedar en el aire. Si bien, es cierto que el artículo 25 del Estatuto del Trabajador Autónomo, en su apartado tercero dice que: «*La Ley podrá establecer reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos en atención a sus características personales o a las características profesionales de la actividad ejercida*». Esto nos hace pensar que, tal vez, en el desarrollo de la Ley se tenga a bien recoger esta figura como colectivo diferenciado al cual se le reconoce unas bases de cotización adaptadas a las características de su actividad, con el fin de cumplir la obligatoriedad de encuadramiento en el RETA de los sujetos que cumplan las características enumeradas en el artículo 1 del Estatuto del Trabajador Autónomo, la protección de un colectivo que puede ser objeto por su actividad de rentas bajas y que con la legislación actual y la doctrina jurisprudencial existente podía quedar excluido del sistema de la Seguridad Social.

²⁸ BLASCO LAHOZ, J.F., *El régimen especial de trabajadores autónomos. Teoría (doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Universidad de Valencia, Valencia, 2005, pág. 16.



En caso de que así fuese, y tal figura o similar fuera reconocida en la reglamentación posterior de la ley, y a tenor de lo establecido en el «*Informe de la comisión de expertos para la elaboración de un estatuto del trabajador autónomo*» encargada por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales el problema se tendrá que trasladar a la definición de «parcialidad» de esta actividad ya que el trabajador autónomo no se encuentra sujeto a jornada de ningún tipo. Y es que es difícilmente exportable el modelo de trabajo a tiempo parcial por cuenta ajena al trabajo por cuenta propia o autónomo.

El legislador tendrá que «perimetrar» los contornos de la figura de forma objetiva y de generalizada aplicación, los valores concretos del perímetro quedan diferidos «a criterios de conveniencia política, de oportunidad económica o de experiencia social»²⁹.

El problema seguirá consistiendo en que el trabajo (por cuenta ajena o por cuenta propia) a tiempo parcial a efectos de Seguridad Social seguirá encontrándose en permanente «estado de sospecha» ya que se piensa que es una fórmula para acceder a los derechos y prestaciones del sistema o bien para burlar las obligaciones de cotización³⁰.

Pero como hemos señalado con anterioridad la redacción definitiva de la Ley de Estatuto del Trabajador Autónomo no ha hecho referencia alguna a la posibilidad de la parcialidad dentro de este régimen, así como tampoco lo hace en lo referente a las notas aclaratorias de la habitualidad, dejando, desde el punto de vista de nuestra interpretación del artículo 25.3 del mismo tal regulación al desarrollo del texto legal. En definitiva, una oportunidad perdida.

²⁹ Así se indica en AAVV, Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la comisión de expertos para la elaboración de un estatuto del trabajador autónomo. MTAS, Madrid, 2006, pág. 2005.

³⁰ Nuevamente, AAVV, *Un estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo. Informe de la comisión de expertos para la elaboración de un estatuto del trabajador autónomo*, op. cit., págs. 204-205.





DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

CONSIDERACIONES SOBRE LA PREJUDICIALIDAD EN EL PROCESO LABORAL; LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL ARTÍCULO 86 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL

*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo,
Sala Cuarta, 7 de febrero de 2007*

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ *

SUPUESTO DE HECHO: D. Ángel Luís, prestando sus servicios para el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, fue despedido en el año 2003, ante la presunta comisión de unos hechos, considerados desleales por el empresario y merecedores de un reproche en el ámbito laboral. Los hechos valorados de forma diferente por el trabajador y por el empresario desencadenaron el ejercicio cruzado de acciones judiciales diferentes. El trabajador atacó el despido, y el empleador, además de ejercer su derecho a la extinción de la relación laboral, pretendió que el ámbito penal impusiera la máxima sanción ante la comisión de hechos delictivos. El ejercicio de ambas acciones tuvieron finales diferentes generando contradicción y haciendo posible la presentación del recurso de revisión. Ambas son supuestos de hechos necesarios en el recurso de revisión que analizamos.

El despido llevado a cabo por la empresa y la inadmisión de los motivos del despido por el trabajador, desencadenó el ejercicio de las acciones laborales, de las que fue actor D. Ángel Luís, y que dieron lugar al nacimiento de lo autos de despido 950/2003, finalizando estos por sentencia de fecha 25 de noviembre de 2003. En ella el Juzgado de lo Social núm. 20 de

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio. Universidad de Jaén.

Madrid, consideró debidamente despedido al trabajador, que lo fue como consecuencia de la deslealtad apreciada por el Juzgador hacia la empresa, quien ante la comisión de hechos merecedores de un reproche en el ámbito de lo penal, presuntamente cometidos por D. Ángel Luís, originó la decisión de despido adoptada por el empleador y ratificada por la jurisdicción competente. El trabajador, disconforme con la valoración de la instancia que lo hacía merecedor del despido, una vez apreciada la prueba y las consecuencias de sus hechos, interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En sentencia de fecha 22 de junio de 2004, fue desestimado el recurso por la Sala, confirmando la de instancia. La inadmisión de los hechos por parte del trabajador así como sus consecuencias en la extinción de la relación laboral, motivó la formulación del recurso de casación para la unificación de doctrina en un nuevo intento por evitar que la decisión adquiriera firmeza. El recurso resultó admitido por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pero ante el órgano «ad quem», resultó inadmitido a trámite por auto de fecha 17 de septiembre de 2004. La decisión fue nuevamente recurrida, esta vez en súplica, desestimada en Auto de fecha 1 de febrero de 2005 y notificado al trabajador recurrente el 22 de febrero de ese mismo año.

Frente a esta actuación, el empresario no dudó en ejercer acciones penales contra el trabajador a fin de evidenciar la comisión de falsedades, junto a otros delitos. La querrella fue archivada por el juzgado de instrucción mediante auto de fecha 11 de febrero de 2004, auto que sería confirmado con posterioridad mediante el recurso de apelación resuelto en auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 22 de Septiembre de 2004.

Las acciones judiciales emprendidas por el trabajador y el empresario, han tenido destinos diferentes, generando la suficiente confusión en el trabajador, al que se consideró debidamente despedido por unas deslealtades frente al empresario, de las cuales el empresario no logró superar ni tan siquiera la fase de admisión a trámite de la querrella interpuesta. La manifiesta contradicción para el trabajador, le llevó a agotar la vía que le permitía acceder al recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, para que valorara, éste, la coexistencia de dos resoluciones contradictorias y la repercusión que la ausencia de efectos penales sobre su conducta, debía generar sobre el despido declarado procedente, sobre la base probatoria del proceso laboral.

RESUMEN: La sentencia de revisión (Recurso número 19/2005) analiza la existencia o no de relación entre los dos pronunciamientos judiciales recaídos sobre los mismos hechos, presentándonos la necesaria reflexión acerca de la compatibilidad de las mismas, y haciendo así desaparecer toda sospecha en el recurrente acerca de la vulneración del principio a la presunción de inocencia.

En su fundamentación la sentencia afronta dos líneas de estudio, esto es, analiza la vulneración del principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la CE, entrando en el fondo del asunto y para razonar si es función del recurso de revisión modificar el fallo de una sentencia laboral, cuando los hechos que desencadenan el despido no han terminado con sentencia penal condenatoria. La otra línea, permite la revisión de su doctrina respecto del cómputo de la fecha a partir del cual rige el plazo para el ejercicio de la impugnación de sentencias firmes en el recurso de revisión.

La cuestión relativa al cómputo del plazo, le permite al Tribunal recordar su doctrina acerca de la fecha en la que ha de regir el cómputo de los «dies a quo» a fin de saber si el preclusivo plazo de tres meses para el ejercicio de la acción de revisión, es ajustado a los términos del artículo 512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La parte recurrida, el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, había alegado la imposibilidad de revisión, por haber caducado el ejercicio de la acción. Las premisas de la parte recurrida, tienen su punto de partida en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirma el dictado por el Juzgado de Instrucción, por lo que se declara la firmeza del auto de archivo de la causa penal. Siendo este auto de fecha 22 de septiembre de 2004, considera la parte recurrida, que el plazo caducó para el recurrente en diciembre de ese mismo año, en cualquier caso mucho antes del día 20 de mayo, elegido para la presentación de la demanda de revisión. La sentencia aprovecha esta nueva oportunidad para reiterar sus criterios en cuanto al cómputo de los plazos para el ejercicio de la acción de revisión ¹.

Sistemáticamente el Tribunal Supremo, descarta los argumentos de la impugnante, por considerar que solo se dan los requisitos de los artículos 510 (motivos de la revisión) y 512 (plazo para interponer el recurso) ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el día 1 de febrero de 2005, se desestima el recurso de suplica interpuesto contra la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, auto que determina la firmeza de la sentencia que en el ámbito laboral hace procedente el despido, resolución que el trabajador conoció con fecha 22 de febrero de 2005. Por ello, entiende el Tribunal que la presentación de la demanda de revisión, el 20 de mayo, está dentro del plazo de tres meses a que se refiere el artículo 512 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo, rechaza como «dies a quo», para el cómputo del plazo, tanto el de desestimación del recurso de apelación penal respecto del

¹ En este sentido el criterio viene marcado por sentencias como la del Tribunal Constitucional de fecha 29 de Mayo de 1995, opinión que subyace en el razonamiento de la propia sentencia comentada.

auto de archivo de la querrela penal (auto de fecha 22.09.2004) dictado por el tribunal de apelación, como el de inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina, dictado con fecha 17 de septiembre de 2004, por la propia Sala que ahora dicta la sentencia objeto de comentario. Si bien este último auto nos acerca al día de inicio de computo, no será hasta la resolución del recurso de súplica interpuesto contra el mismo cuando pueda considerarse iniciado el plazo de tres meses para ejercer las acciones revisorias. Por lo tanto si el auto tiene fecha de 1 de febrero de 2005, y fue notificado el día 22 de febrero de 2005, la presentación de la demanda de revisión el día 20 de mayo de 2005, permite al Tribunal, considerarla dentro de plazo. Solo así se cumple el rasgo definidor del recurso de revisión, en cuanto el mismo sólo cabe contra sentencias firmes² y por los motivos tasados del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez descartada la caducidad de la acción, el Tribunal, entra en el fondo del asunto para valorar la procedencia de la revisión a la vista de la valoración de hechos que hace la jurisdicción penal y la jurisdicción laboral. Para alcanzar su conclusión hace una breve valoración, de las posibles formas de terminación del proceso penal. La máxima categoría la alcanza la sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedando fuera aquellas sentencias absolutorias por falta de prueba en la participación de los hechos del imputado. Si bien el artículo 86.3 de la LPL, solo habla de los efectos de la sentencia absolutoria expuesta, la jurisprudencia viene admitiendo el sobreseimiento libre del artículo 637.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por no existir indicios de haberse perpetrado el hecho que hubiera dado motivo a la formación de la causa. Quedan fuera de toda consideración revisora tanto el sobreseimiento provisional como el archivo, por cuanto los mismos no son equiparables a la sentencia absolutoria³.

En este orden de valoración y trasladando el fundamento sexto de la sentencia comentada, que los motivos del archivo de la causa penal iniciada

² Así artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 234 de la Ley de Procedimiento Laboral.

³ Así STS 17.6.1996 y 17.12.1998. Concretamente en esta última el Tribunal Supremo establece: «Por otra parte, la doctrina de la Sala ha señalado que para que opere esta causa es necesario sentencia absolutoria o auto que declare el sobreseimiento libre, en la que conste inequívocamente la inexistencia del hecho o la falta de participación del imputado (sentencias de 16 de julio de 1997 EDJ 1997/6847, 21 de diciembre de 1996, 15 de diciembre de 1997 EDJ 1997/10579), lo que no sucede en este caso, en el que no se trata de un resolución de estas características, sino de un archivo provisional, aparte de que en el auto de la Audiencia Provincial hay un reconocimiento explícito de las irregularidades, aunque no se encuadren en los correspondientes tipos penales y lo mismo sucede con el informe pericial, que naturalmente queda fuera del ámbito del artículo 86.3 de la Ley de Procedimiento Laboral».



por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, fueron la «ausencia de relevancia penal de la conducta seguida por los querellados», queda abierta la puerta a otras valoraciones sancionadoras, tales como el ámbito laboral, o el disciplinario. Para el caso que nos ocupa ciertamente la desestimación de la revisión, no solo confluje por la falta de requisitos del artículo 86.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, sino por la falta de una autentica valoración de la inexistencia de los hechos que dieron lugar al despido. No puede encontrar el recurrente, ningún apoyo en el archivo de la causa penal por falta de relevancia penal de los hechos para pretender la revisión de la sentencia de despido, toda vez que la misma no excluye la relevancia de los hechos en otros ámbitos jurídicos, siendo un claro ejemplo de la ausencia de vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Como mas adelante expondremos, la justicia laboral no valora delitos, valora hechos de los que obtiene consecuencias en el marco de las obligaciones contractuales que son propias de la relación laboral

ÍNDICE

1. LA PREJUDICIALIDAD EN EL MARCO DEL PROCESO LABORAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA
UNA DOCTRINA MATIZADA EN EL ÁMBITO LABORAL
2. EL RECURSO DE REVISIÓN Y SU EFICACIA FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD JURÍDICA
3. VALORACIÓN

1. LA PREJUDICIALIDAD EN EL MARCO DEL PROCESO LABORAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA: UNA DOCTRINA MATIZADA EN EL ÁMBITO LABORAL

Quién puede decir que el mundo del derecho está lleno de certezas que de forma clara y manifiesta, hacen perceptible una cosa. Es que nadie puede racionalmente dudar de las declaraciones de hechos que hacen las sentencias. Es comprensible que lo que un juez penal no ha condenado, haya tenido valoración negativa en un proceso laboral. Estas y otras muchas preguntas al respecto abrieron la puerta a que nuestro marco normativo afrontara la prejudicialidad, con el fin de establecer el nivel de independencia que habrían de disfrutar los distintos órdenes jurisdiccionales así como el efecto que habría de producir en un proceso, la tramitación de otro, en distinto orden jurisdiccional sobre la base de los mismos hechos.

El contenido del artículo 4.1 de la Ley de Procedimiento laboral, reflejo del artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, abre la puerta a que cada orden jurisdiccional pueda conocer de asuntos que no le están atribuidos en conocimiento exclusivo, si mantienen un vínculo con aquellos que por competencia material, tienen la obligación de resolver. Se garantiza así

la independencia de los distintos órdenes jurisdiccionales dentro del principio de unidad jurisdiccional que consagra nuestra constitución.

Presente la cuestión prejudicial en el desarrollo del proceso, bastará con esperar a conocer la solución que aparecerá en el contenido de la decisión que ponga fin al proceso (artículo 4.2 de la LPL). El capítulo de excepciones, también previsto en la LOPJ, destaca en el proceso laboral por quedar limitando en los efectos suspensivos a las cuestiones prejudiciales penales que afecten sólo a cuestiones delictivas relativas a falsedad documental, siempre que la solución que ofrezca la jurisdicción penal sea indispensable para la jurisdicción laboral. Queda descartada, cualquier otra prejudicialidad en el proceso laboral, en el que prima una solución rápida y sin dilaciones.

Mientras que la prejudicialidad en el proceso civil, siempre ha mantenido un efecto suspensivo del mismo hasta tanto queden resueltas las cuestiones penales que le afecten, en el proceso laboral, la regla general ha venido manteniendo que el juez social ha de resolver todos aquellos conflictos, del ámbito que sean, cuando se le planteen por la vía de la prejudicialidad con la única excepción de la causa penal por falsedad en documento con efectos decisivos en el proceso laboral ⁴.

Es cierto, aunque no de manera uniforme, que el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo una clara separación entre el ilícito laboral y el ilícito penal, pero no dejando nunca dudas sobre la independencia de ambos ámbitos judiciales para la calificación judicial en cada uno de los distintos ámbitos. Ninguno de ellos puede resultar contaminado por los pronunciamientos que se hayan producido o se vayan a producir. El orden jurisdiccional penal y el laboral operan sobre nociones de culpa distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio para enjuiciar una misma conducta.

El Tribunal Constitucional ha introducido sobre este tema importantes precisiones en su sentencia 204/1991, al señalar que no puede admitirse en ningún caso que unos mismos hechos existan y dejen de existir para los órganos del estado. De esta forma los demás órganos que deban conocer sobre el mismo asunto tienen que asumir los hechos declarados probados o en caso contrario justificar su distinta apreciación. La única forma de impedir la prevalencia de un orden frente a otro ha sido establecer la interpretación del principio de legalidad en relación con el planteamiento de cuestiones prejudiciales, así lo recuerda la Sentencia del alto Tribunal 158/1985 de fecha 26 de noviembre, cuando dice: *«solo se producirá cuando así lo determine el ordenamiento jurídico, como ocurrirá..., cuando una cuestión tenga carácter prejudicial respecto a otra»*.

⁴ El artículo 86 del vigente texto refundido, mantiene en esencia el contenido del artículo 77 del texto procesal de 1980.



Así la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2.^a, Sentencia 23 de febrero de 1984, número 24/1984 entiende la distinta apreciación en los ámbitos penal y laboral: «no es indebida la aplicación por sentencia de Magistratura del núm. 1 art. 54 ET, al declarar procedente el despido «basado en el incumplimiento grave y culpable del trabajador», pues éste ha incurrido en trasgresión de la buena fe contractual y abuso de la confianza que el recaudador tenía depositada en él —art. 54.2.d) ET—. Sin ser autor material de la sustracción se puede haber incurrido en culpa que implica abuso de la confianza del empresario y que justifica la declaración del despido como procedente. Eso es lo que resulta de la lectura conjunta de las tres sentencias. En síntesis: lo que para el orden penal es irrelevante y no destruye la presunción de inocencia, para los Jueces laborales constituye base fáctica suficiente para apreciar causa de incumplimiento justificativa del despido. No hay, pues, contradicción en los hechos (autoría de la sustracción), sino enjuiciamiento independiente de una conducta no punible penalmente, pero cuyo sujeto es responsable en el orden laboral. Así las cosas, no puede sostenerse de modo convincente la violación de la presunción de inocencia. Es claro que el Juez penal la ha respetado. No lo es menos que el Magistrado de Trabajo ni podía ni estaba obligado a atenerse a la sentencia penal; no podía porque su sentencia fue anterior y no estaba obligado porque él, el Magistrado de Trabajo, juzgaba la conducta del trabajador bajo otra perspectiva y bajo otras normas y debía hacerlo con plena independencia. En definitiva: no significa ir contra la presunción de inocencia apreciar una culpa relevante en el orden laboral, inferida por el Juez tras una determinada actividad probatoria, aunque luego, desde otra óptica y en otro orden normativo el Juez penal estime no desvirtuada en lo penal la presunción de inocencia de la misma persona».

El párrafo primero del art. 86 de la Ley de Procedimiento Laboral, que dispone de modo tajante e inequívoco que en ningún caso se suspenderá el procedimiento laboral por seguirse causa criminal sobre los hechos debatidos, puesto en conexión con el carácter restrictivo con que el párrafo segundo del mismo artículo admite la única prejudicialidad penal, no deja duda de que el legislador ha querido que los procesos laborales y los penales discurren con independencia entre ellos. El precepto del art. 86.1 de la Ley de Procedimiento Laboral no choca con ningún otro de carácter constitucional, pues el legislador ha optado por la no suspensión de los procesos laborales, en atención, entre otros bienes jurídicos, a la rapidez con que conviene resolver el proceso laboral y a que la búsqueda de la verdad material es el objetivo central del proceso de trabajo, algunas de cuyas características lo aproximan al proceso penal, del cual difiere no obstante por la índole de los respectivos fines.

En la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos he-

chos ocurrieron y no ocurrieron, y es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el art. 9.3 de la C. E. Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más. Por el contrario, tendrá que comprobar primeramente si de verdad se produce entre las resoluciones encontradas una estricta identidad en los hechos, y en segundo lugar si hay en juego un derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del sólo principio de seguridad jurídica no es obviamente base para conocer en amparo.

Por ello lo que para el orden penal es irrelevante y no destruye la presunción de inocencia, para los Jueces laborales puede constituir base fáctica suficiente para apreciar causa de incumplimiento justificativa de despido. No significa ir contra la presunción de inocencia apreciar una culpa relevante en el orden laboral, inferida por el Juez tras una determinada actividad probatoria, aunque luego, desde otra óptica y en otro orden normativo, el Juez penal estime no desvirtuada en lo penal la presunción de inocencia de la misma persona.

2. EL RECURSO DE REVISIÓN Y SU EFICACIA FRENTE AL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD JURÍDICA

El propio tratamiento de la prejudicialidad en el proceso laboral configura el recurso de revisión como la máxima garantía de que aquellos supuestos de en los que por quedar apartados los efectos suspensivos de una prejudicialidad penal distinta a la falsedad documental, tiene cabida el contraste de resoluciones producidas por la jurisdicción penal y que acaben teniendo su repercusión en el proceso laboral. Por ello la formulación restrictiva que de la prejudicialidad presenta el artículo 86. 1 de la Ley de Procedimiento Laboral, tiene su compensación en el punto 3 de permitiendo una valoración a posteriori de los efectos de una resolución penal en el proceso laboral, que no se interrumpió ni detuvo ante las cuestiones penales de previo pronunciamiento que pudieron aparecer en el proceso laboral. La oportunidad del artículo 86.3 requiere la concurrencia de los requisitos, descritos en el recurso de revisión: plazo para la interposición, motivos tasados, y una valoración de los hechos penales (robo, hurto, estafa, apropiación indebida, etc.) afectada por la absolución por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en ellos.

Esta premisa busca la salvaguarda de distintos tipos de derechos, por un lado los principios de congruencia y unidad de la jurisdicción, lo cual afecta a la integridad del sistema judicial, y por otro la seguridad jurídica



que se traduce a los operadores jurídicos y a los propios destinatarios del derecho. Ciertamente la independencia de los distintos órdenes jurisdiccionales puede estar por encima del principio de unidad del ordenamiento jurídico.

A tal fin el recurso de revisión previsto en el artículo 234 de la LPL, se convierte en el recurso legal para impedir que aquellas cuestiones fijadas en sentencia absolutoria puedan perjudicar a una de las partes en el proceso penal, afectada también por una resolución laboral.

La existencia de una sentencia penal y otra laboral aparentemente contradictorias, no es en si misma vulneratoria de la seguridad jurídica que debe primar en la función jurisdiccional, como tampoco es en si misma vulneratoria del principio de presunción de inocencia. Lo decisivo es que la conducta es valorada de forma distinta por cada uno de los órdenes jurisdiccionales, porque es también diferente el tipo de ilícito que enjuician. La sentencia penal absuelve de un delito de apropiación indebida, porque considera que el demandante no tuvo «ánimo de apropiarse de lo que no le correspondía», mientras que la sentencia laboral declara procedente el despido, porque considera que la conducta del actor es constitutiva de un incumplimiento contractual. En este sentido, la falta de responsabilidad penal por unos determinados hechos no se traduce en falta de responsabilidad en otros ámbitos, porque lo que la nueva causa de revisión prevista en el artículo 86.3 de la Ley de Procedimiento Laboral trata de impedir es «que se produzcan en los distintos órdenes jurisdiccionales social y penal resoluciones radicalmente contradictorias, como ocurriría si se afirmara en una y se rechazara en la otra la realidad de unas lesiones, o si se atribuyera la autoría de las mismas a distintos sujetos; pero no se opone, dada la constitucionalidad de la existencia de distintos órdenes jurisdiccionales, a que unos mismos hechos sean valorados en el respectivo campo del derecho, conforme a la normativa que lo regula, atendiendo al resultado de las pruebas en los correspondientes procesos practicadas⁵.

Ciertamente la libre valoración de la prueba, sometido a las reglas de la sana crítica y con la necesidad de motivar el ejercicio valorativo de las pruebas, es sin duda la piedra angular del proceso que acertadamente no puede ser revisada en la jurisdicción social salvo en aquellos manifiestos errores basado en la valoración de la prueba documental y en la prueba pericial. En ningún caso es el recurso de revisión una excusa para efectuar una nueva valoración de la prueba del proceso laboral, a la luz de las resoluciones penales recaídas. La valoración de la prueba que realiza el juez penal en un proceso en el que rige la presunción de inocencia, en base a la cual puede declarar no probada la imputación de un delito, no condiciona al juez so-

⁵ Así SSTs 14 de octubre de 1997; 7 de mayo de 1996; 4 de octubre de 1995; 24 de octubre de 1994; 16 de junio de 1994 y 15 de junio de 1992.

cial, que interpreta los hechos conforme a la dimensión de la obligaciones laborales.

En el sentido expuesto resulta relevante la STC Sala 1.^a de 8 de marzo de 1985, 36/1985, en la que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ha incidido con anterioridad que la Jurisdicción Penal y la Laboral *persiguen fines diversos, operan sobre culpas distintas y no manejan de idéntica forma el material probatorio* para enjuiciar en ocasiones una misma conducta. No puede, pues, alegarse que el sobreseimiento de unas diligencias penales porque el Juez no considere probada la autoría del acusado supone necesariamente que deba también presumirse a éste inocente en el ámbito laboral, pues, la presunción de inocencia pudo quebrar ante la jurisdicción laboral respecto a tipos y consecuencias jurídicas diversas de la penal, así como en base a diferente material probatorio, cuyo contenido ningún otro tribunal puede valorar, sino únicamente su carácter mínimo y suficiente en orden a fundamentar la resolución judicial que fundamentó el despido. Cuando la prevención valorativa está hecha tanto en el proceso laboral como en el proceso penal nada puede hacer el recurso de revisión ⁶.

Como ni jurídica ni lógicamente es lo mismo decir que está probado que alguien no ha sido autor de un hecho, que afirmar que no está probado que alguien es autor de ese mismo hecho, solo cuando se den los primeros supuestos, tendríamos en el recurso de revisión la mejor solución para que alguien que de forma probada se declara que no es autor de un hecho, se le puedan reconocer los mismos efectos en la sentencia laboral que le reconozca autor de esos mismos hechos.

Pensemos que la revisión sólo se abrirá en el caso de una sentencia penal absolutoria (o sobreseimiento libre), cuando el juez de lo social lo ha resuelto, a los efectos prejudiciales del artículo 4 y 86.1 de la LPL, en sentido condenatorio pero no cuando resulta absuelto por el juez social y condenado por el juez penal, donde prevalece la cosa juzgada y los efectos de la seguridad jurídica, como acertadamente han señalado P. SÁNCHEZ DE LA PARRA Y SEPTIÉN ⁷.

⁶ La sentencia valora también la presunta vulneración del art. 14 CE, que desestima cuando un tribunal declara un despido procedente y otro improcedente, siendo compañeros de trabajo y no obstante darse, identidad y coincidencia en el protagonismo de los hechos. Se habrían tratado así en forma desigualdad conductas sustancialmente iguales, lo que supondría una infracción al principio de igualdad consagrado en el citado art. 14. Pero esta pretensión no es admisible. El principio de igualdad con referencia a resoluciones judiciales emanadas de órganos distintos ha de conciliarse con el de independencia en la actuación jurisdiccional de dichos órganos, de forma que no puede establecerse como término de comparación para una sentencia la de un Tribunal diferente, según ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional a partir de su S 49/1982 de 4 julio.

⁷ Las Cuestiones prejudiciales en el orden jurisdiccional penal, civil, contencioso y social, Comares, Granada 1996.

3. VALORACIÓN

No radica el valor de la sentencia comentada en el efecto novedoso de la doctrina. El Tribunal, abunda en los postulados que viene manteniendo de forma reiterada desde que comenzó a desarrollar el alcance de la prejudicialidad penal en el proceso laboral. Los requisitos que deben concurrir, la diferente valoración de los ilícitos, la independencia de los distintos ordenes jurisdiccionales; la no vulneración del principio de presunción de inocencia, la garantía de las partes para sintonizar hechos entorno a un mismo sujeto con el recurso de revisión, se mantienen con férrea consistencia en la línea doctrinal del Tribunal Supremo.

Sin embargo si se nos presenta la sentencia como una oportunidad para insistir en la necesidad de mantener la peculiaridad del proceso laboral en una escrupulosa respuesta a los principios informadores del proceso, aquellos que en su momento histórico hicieron posible el nacimiento de la jurisdicción social, con la finalidad de dar respuesta a la ineficacia del proceso civil a los conflictos laborales. Tal y como venimos poniendo de manifiesto en estos comentarios, las peculiaridades del proceso no pueden radicar en requisitos formales, caprichosamente diferentes, sin un especial sustento, y en el que es mas perjudicial la discrepancia para los operadores jurídicos que los beneficios que reporta al proceso laboral, en este sentido la unificación de criterios formales sin sustantividad debe venir de la mano de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el contrario todas las diferencias que se articulan, en los principios procesales que definen el proceso laboral, han de ser defendidos a ultranza, como autentico sustento del proceso laboral y de sus diferencias. Que duda cabe que la consideración restrictiva que tiene la prejudicialidad en el proceso laboral, donde tan solo cuestiones penales y relativas a falsedad en documentos esenciales para el desarrollo del proceso laboral, permiten la suspensión del método heterocompositivo de solución de conflictos, por excelencia, que no debe cesar hasta ofrecer la solución mas rápida a las partes que intervienen en el proceso, como tampoco se permitirá intromisiones en las resoluciones dictadas por la jurisdicción social salvo que en el recurso de revisión se acredite que se ha obtenido una sentencia probadamente absolutoria.

Este espíritu que trasladamos lo ha resumido, magistralmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1984, de 23 de febrero en su fundamento de derecho 1, cuando comentando el artículo 77.1 de la Ley procesal de 1980, dijo que el tratamiento de la prejudicialidad penal en el proceso laboral no resultaba acreedor de reproche alguno desde la perspectiva constitucional, debiendo considerarse la regulación adoptada por la LPL como una medida proporcional y adecuada, entre otros bienes jurídicos a la rapidez con que conviene resolver el proceso laboral y a que la búsqueda de la verdad material es el objetivo central del proceso.





4

Informes y Documentos







Recomendaciones de la Comisión de Inmigración del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social y el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007

RECOMENDACIONES DIRIGIDAS A LOS PODERES PÚBLICOS

- a) Considerando la información uno de los principales cauces para que los trabajadores inmigrantes conozcan la normativa jurídico-laboral aplicable, se plantea la conveniencia de desarrollar una campaña de traducción y difusión de las principales normas que regulan las relaciones laborales, el Estatuto de los Trabajadores, la normativa en Prevención de Riesgos Laborales, la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como los Convenios de aplicación en los sectores donde existe más presencia de población inmigrante; poniendo a disposición de los trabajadores inmigrantes, publicaciones informativas bilingües acerca de sus derechos y deberes, condiciones de trabajo, alojamiento, prevención de riesgos laborales, prestaciones de Seguridad Social, así como los servicios que ofrece el Servicio Andaluz de Empleo.
- b) Se considera conveniente, a efectos de sentar las directrices precisas en materia de empleo e inserción socio-laboral de la población inmigrante, instaurar mecanismos de flujos de información y coordinación entre la Comisión de Inmigración del C.A.R.L., el S.A.E., la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Administración General del Estado y otros órganos con competencia en esta materia.
- c) Con la finalidad de facilitar a la población inmigrante demandante de empleo el acceso a los servicios prestados por el SAE, se propone potenciar la formación específica y práctica en materia de inmigración y permisos de trabajo del personal de dicho organismo, así como, en su caso, la puesta en marcha de un servicio de apoyo que facilite la comunicación entre el personal del SAE y los usuarios en aquellos idiomas en que exista más demanda.

- Implementar procesos informáticos para comunicar a las personas demandantes de empleo extranjeras, en su lengua, la situación en la que se encuentre su autorización administrativa de residencia.
- d) Desarrollar acciones formativas para el aprendizaje del idioma español por la población inmigrante con el objeto de favorecer su inserción en el mercado de trabajo.
 - e) Al objeto de promover la carrera profesional se pondrá a disposición de la población trabajadora inmigrante información específica que permita conocer los cauces más adecuados para la convalidación y/u homologación de sus títulos académicos.
 - f) En aras de fomentar una cultura preventiva en los centros de trabajo, se entiende necesario, potenciar la realización de una formación en prevención de riesgos laborales, en su propia lengua, previa a la inserción laboral, en colaboración con la Dirección General de Seguridad y Salud Laboral y las oficinas SAE, sobre los riesgos específicos de la actividad a desarrollar por la población inmigrante.
 - g) Promocionar la contratación en origen fijando contingentes, catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y autorizaciones de trabajo de duración determinada, como solución de gestión eficiente y ordenada de los flujos migratorios laborales.
 - h) Proponer a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la realización de campañas específicas para velar por las condiciones de trabajo de los trabajadores y trabajadoras inmigrantes.
 - i) Proponer que las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de inmigración sean preferentes y con carácter de urgencia en aquellos supuestos en que se detecten incumplimientos de la legalidad vigente.

RECOMENDACIONES A LAS UNIDADES NEGOCIADORAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS

1. Como puso de manifiesto el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 (ANC 2007) suscrito por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT se hace necesario «*Aplicar las mismas condiciones laborales para los **inmigrantes** que para el resto de los trabajadores en formas y tipos de contratación, retribuciones, prevención y seguridad, clasificación y promoción, formación y derecho a prestaciones sociales*». Asimismo el II Plan Integral para la Inmigración en Andalucía, entiende la promoción de la igualdad de trato, como un elemento necesario en la adecuada inserción sociolaboral del colectivo inmigrante.

Para poder alcanzar este objetivo, se propone la introducción de cláusulas en los Convenios Colectivos que establezcan la no discriminación de las personas trabajadoras por razón de nacionalidad, etnia o confesión religiosa.

2. La negociación colectiva es un cauce adecuado para la mejora de las condiciones de trabajo, para lo cual resulta fundamental incorporar medidas que tiendan a mejorar las oportunidades de empleo y de promoción de este colectivo. Para ello, se entiende necesario fomentar cursos de formación accesibles para los trabajadores y trabajadoras inmigrantes.
3. En materia de prevención de riesgos laborales, fomentar la formación de la población trabajadora inmigrante, en su propia lengua, sobre los riesgos de la actividad que desarrolla.
4. En aquellos casos en que por parte del empresario se facilite alojamiento como consecuencia del trabajo, se promoverá la introducción de cláusulas que establezcan condiciones de habitabilidad conforme a la reglamentación vigente.
5. Promover la inclusión en los convenios colectivos de cláusulas que tengan en cuenta, con suficiente flexibilidad, aquellas situaciones específicas y excepcionales que puedan surgir con ocasión de la aplicación del régimen de permisos por acontecimientos familiares, cuando éstos conlleven la necesidad de largos desplazamientos.
6. Promover que en la negociación colectiva se contemplen las situaciones específicas en materia de autorizaciones de trabajo.





Recomendaciones para la Negociación Colectiva de la Comisión de Contratación y Empleo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el marco del VI Acuerdo de Concertación Social

La preocupación por la calidad en el empleo es una constante en la Estrategia Europea de Empleo, abordando el objetivo de lograr una mayor calidad en el trabajo desde una funcionalidad plural, por cuanto que la misma va dirigida tanto a satisfacer los deseos de mejores condiciones de trabajo a favor de los trabajadores, como de atender a las necesidades empresariales de lograr una fuerza de trabajo más productiva y competitiva.

En Andalucía el VI Acuerdo de Concertación Social, aborda directamente esta materia, estableciendo que «La creación de más empleo y de carácter más estable es el objetivo principal en la acción concertada entre el Gobierno andaluz y los agentes sociales y económicos para avanzar hacia la meta del pleno empleo. Este objetivo ha sido, es y seguirá siendo el cimiento sobre el que se asienta el modelo social europeo». En este mismo sentido y con el objeto de perfeccionar y desarrollar los contenidos de la negociación colectiva se señala igualmente el compromiso de «impulsar desde la negociación colectiva las posibilidades que ofrece el marco legal en la búsqueda de la potenciación del empleo y su calidad», así como «promocionar, desde el desarrollo de la cultura participativa, los acuerdos necesarios que permitan consolidar estructuras empresariales más productivas y que compaginen la necesaria seguridad en el empleo con la imprescindible flexibilidad de las organizaciones productivas».

Atendiendo a estos compromisos, la Comisión de Empleo constituida en el seno del CARL, por mandato del mencionado VI Acuerdo de Concertación Social y compuesta por representantes de la CEA, CCOO-A y UGT-A consideran oportuno efectuar las siguientes Recomendaciones:

I. RECOMENDACIONES A LOS PODERES PÚBLICOS

1. La estabilidad en el empleo favorece la capacidad de planificación y la competitividad de las empresas, la seguridad de los trabajadores/as así como su cualificación. Por ello se recomienda a los Poderes Públicos la realización de políticas de empleo promovidas desde el diálogo social que continúen fomentando e incentivando la contratación indefinida, en línea con lo señalado al respecto en el Acuerdo para la Mejora del Empleo y su Calidad y el VI acuerdo de Concertación Social de Andalucía, Eje III.
2. Como se pone de manifiesto en la documentación adjunta como Anexo I, en la actualidad existe una abundante serie de líneas de acciones en Políticas de Empleo, a nivel estatal y autonómico, genéricas y selectivas, que suponen un compromiso serio de los Poderes Públicos con el empleo estable, y con otros indicadores del empleo de calidad. Se recomienda por ello proporcionar al máximo la difusión de estos programas para una mayor estabilidad en el empleo.
3. La concertación se ha revelado como un eficaz instrumento de diseño de una Política de Empleo realista y ajustada a las necesidades de nuestro tejido productivo. Se recomienda por ello, en línea con las orientaciones comunitarias y la experiencia nacional y autonómica, profundizar en el diálogo social, para diseñar e implantar medidas adecuadas para reducir la tasa de temporalidad, coordinando adecuadamente el proceso de generación de medidas de empleo en los distintos niveles, incluyendo el ámbito local.
4. Centrar los instrumentos públicos de gestión, intermediación y formación para el empleo en la consecución de un trabajo de calidad y en la difusión de la estabilidad contractual como criterio adecuado de ordenación de los recursos humanos, poniendo a disposición de este objetivo los medios personales y materiales que sean precisos.
5. Se recomienda potenciar el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación al servicio del empleo estable y de calidad. Iniciativas como el Portal de la Calidad en el Empleo deben ser potenciadas y difundidas adecuadamente para permitirles alcanzar el máximo de eficacia.
6. Se recomienda potenciar campañas informativas de la Inspección de Trabajo para orientar y difundir comportamientos adecuados en materia de contratación temporal.
7. No obstante, la aplicación, ejecución y desarrollo por parte de los Poderes Públicos de las medidas y actuaciones previstas en los

apartados anteriores en ningún caso supondrá una penalización para aquellas empresas o sectores que precisen la utilización legítima de la contratación temporal por la naturaleza de la actividad desempeñada

II. RECOMENDACIONES A LOS NEGOCIADORES

Recomendaciones generales

1. Poner en práctica en todos sus extremos el marco jurídico de referencia en el momento de definir y delimitar las diferentes categorías de contratos temporales, evitando confusiones y distorsiones que generan problemas e inseguridad a la hora de aplicar las reglas convencionales.
2. Impulsar el establecimiento de cláusulas de fomento del empleo estable en los Convenios Colectivos, ya sea en general o en relación con las distintas modalidades de contratación, incluyendo los contratos formativos y de relevo.
3. Impulsar la inclusión de cláusulas de conversión de contratos temporales en indefinidos y de potenciación de la contratación indefinida inicial, teniendo en cuenta las circunstancias de las empresas, recurriendo para ello a las menciones expresas de la normativa en que se prevean incentivos a estas actividades, haciendo referencia en cada momento al marco normativo vigente.
Las limitaciones para evitar la reiteración de los contratos temporales no deben suponer una alteración de las causas propias de la contratación temporal, en tanto que resulta perfectamente compatible el fomento de la estabilidad en el empleo con el mantenimiento de un marco de contratación temporal, ya sea directamente, o a través de las Empresas de Trabajo Temporal, que permita a las empresas hacer frente, con la flexibilidad necesaria, a situaciones concretas o coyunturales.
4. Introducir, teniendo en cuenta las características de las empresa y sectores, fórmulas de delimitación cuantitativa razonable del número de trabajadores temporales en función de la plantilla de la empresa.
5. Proclamar y garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos, en los términos previstos en la Ley.
6. Valorar la idoneidad de los contratos a tiempo parcial indefinido y fijo-discontinuo como alternativa a la contratación temporal.

Recomendaciones particulares

Que los Convenios Colectivos de sector promuevan instrumentos de articulación y racionalización de la estructura de la negociación colectiva en materia de contratación temporal, a cuyos efectos sería conveniente que los citados niveles negociales procediesen a establecer la definición de las modalidades contractuales así como a agotar el ámbito competencial otorgado a la negociación colectiva en cada uno de sus niveles. Para conseguir este propósito es posible realizar una serie de recomendaciones particulares para cada una de las específicas modalidades contractuales.

Para convenios sectoriales

A. *En Relación con los Contratos Formativos*

En Prácticas

1. Concretar en las clasificaciones profesionales, atendiendo a las particularidades del sector productivo y la actividad empresarial, la utilización de esta modalidad contractual. En todo caso, el puesto de trabajo asignado deberá permitir la obtención de la práctica profesional adecuada a nivel de estudios cursados.
2. Establecer, si fuera necesario, módulos de duración del contrato en prácticas distintos de los legalmente previstos, atendiendo a las características del sector y a la naturaleza del trabajo a realizar.

Para la Formación

3. Fijar la duración máxima de los contratos atendiendo a las características del oficio, sin superar los límites mínimos de 6 meses y máximo de 3 ó 4 años establecidos en el art. 11.2.b del ET.

B. *En Relación con los Contratos Estructurales*

Contrato para Obra o Servicio Determinado

4. Identificar adecuadamente los trabajos o tareas dentro de la actividad normal de la empresa que puedan ser cubiertos con estos contratos. En el ámbito de la empresa se podrá adaptar las característi-

cas marcadas por el convenio de sector o la realidad empresarial. En este sentido, en el ámbito sectorial puede citarse la siguiente cláusula ejemplificativa: «las contrataciones celebradas al amparo de este contrato deben suponer un servicio concreto y determinado que abarque el objeto y la causa de la relación laboral, es decir, servicios u obras específicas y que fácilmente se puedan concretar en el tiempo o en el espacio, cuya ejecución agote tanto la prestación como la obra o servicio de que se trate». Puede también, por supuesto, recurrirse a la elaboración de un catálogo de tareas en las que concurren los requisitos legalmente establecidos.

5. Desarrollar la autorización que concede la Ley 32/2006 reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción para adaptar la modalidad del contrato para obra o servicio de forma que garantice una mayor estabilidad en el empleo.

Contratos Eventuales

6. Adaptar la duración máxima (duración y período de referencia) de los Contratos Eventuales a las necesidades y características de las empresas del sector, así como el período en que se puedan realizar si la actividad a que se refieren fuera estacional. Para alcanzar este objetivo deberán respetarse los máximos legalmente establecidos y deberán concretarse extremos como los siguientes:
 - naturaleza estacional o no de la actividad.
 - puntualización de la parte de la actividad normal de la empresa que puede generar estos contratos.
 - especificación de las características de excepcionalidad del trabajo que haga necesario recurrir a estos contratos.
 - definición de los puestos de trabajo potencialmente afectados, especificando tareas y en su caso adscripción en el organigrama de la empresa.

Para los convenios de sector y/o de empresa

a. Para los contratos formativos

En Prácticas

1. Establecer la duración del período de prueba de estos trabajadores, respetando en todo caso los mínimos y las demás reglas legales imperativas.

2. Determinar la retribución del trabajador en prácticas sin que en ningún caso sea inferior al 60 ó al 75 % del salario, durante el primero o el segundo año de vigencia del contrato, respectivamente, del salario del convenio para un trabajador que desempeñe el mismo o equivalente puesto de trabajo, teniendo en cuenta, en su caso, lo establecido en los convenios de sector.

Para la Formación

4. Establecer, en función del tamaño de la plantilla, el número máximo de contratos a realizar, así como los puestos de trabajo a los que pueden referirse.
5. Establecer el tiempo de formación teórica y su distribución, concretando en su caso el régimen de alternancia o concentración del mismo respecto del tiempo de trabajo efectivo. El tiempo dedicado a formación teórica no podrá ser inferior en ningún caso al 15 % de la jornada máxima prevista en el propio convenio.
6. Determinar la cuantía de la retribución, que, en ningún caso podrá ser inferior al salario mínimo.

Reglas Generales

7. Establecer, en su caso, compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido.
8. Si al término del contrato el trabajador continuase en la empresa no podrá concertarse un periodo de prueba computándose la realización de las prácticas a efecto de antigüedad en la empresa.

b. *Para los Contratos Estructurales*

Para el Contrato de Obra o Servicio

9. Identificar los servicios o tareas que, dentro de la empresa, tengan sustantividad y autonomía propias, para poder ser cubiertos por estos contratos.

Para el Contrato Eventual

10. Determinar las actividades en que pueden contratarse trabajadores eventuales y fijar criterios generales de relación entre el volumen

de trabajadores eventuales y la plantilla de la empresa. Establecer reglas (como bolsas de contratación o relación de trabajadores) que faciliten la nueva contratación de trabajadores ya contratados como eventuales en casos en que se reproduzcan condiciones que justifiquen la nueva contratación, sin perjuicio de que, en su caso, hubiera de calificarse al trabajador como fijo discontinuo.

11. Establecer medidas de relación entre el número de trabajadores contratados por esta modalidad y el tamaño de la plantilla de la empresa.

Para el Contrato de Interinidad

12. Concretar dentro del marco establecido en el art. 4.2 a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre la posibilidad de que el trabajador interino desempeñe un puesto de trabajo distinto de aquel que desarrolla el trabajador sustituido, sin perjuicio de la mención expresa en el documento contractual del nombre del sustituido y la causa de sustitución.
13. Establecer las reglas para la reincorporación y los efectos de la no incorporación del trabajador sustituido, incluyendo en lo posible la incorporación del interino subrogándose en el tipo de contrato que tuviera el sustituido.

Reglas Comunes

14. Fijar las condiciones en que se pondrá en conocimiento de los representantes de los trabajadores la existencia de vacantes. De no existir representantes, la información deberá proporcionarse al o los trabajadores interesados.
15. Establecer compromisos de conversión de estos contratos en indefinidos.
16. Garantizar el acceso de estos trabajadores a la formación profesional para favorecer su profesión y movilidad profesional.
17. Fijar la cuantía de la indemnización por fin de contrato en los supuestos legalmente establecidos.

c) La negociación en materia de sucesión de contratos temporales (art. 15.5 ET)

Convenios de sector y/o de empresa

Art. 15.5 primer párrafo.—1. Establecimiento de cláusulas que concreten la definición de qué se entiende por puesto de trabajo, teniendo en cuenta las pe-

culiaridades del sector productivo y de las organizaciones empresariales, y procurando concretar la noción de puesto de trabajo, evitando en lo posible las referencias vagas a funciones similares o expresiones equivalentes. Se trata de una noción específica que no siempre se va a corresponder con listados de grupos o categorías profesionales como los contenidos en los Convenios. Por tanto podrán ser tenidos en cuenta, combinados, elementos como:

— equivalencia de funciones, excluyendo los supuestos ampliamente reconducibles a la movilidad funcional
— determinación del segmento o ámbito productivo de la empresa en que el trabajador presta servicios.

2. Incluir en el Convenio cláusulas que especifiquen el efecto de la sucesión contractual y la consideración como trabajador por tiempo indefinido desde la perspectiva de la antigüedad y otros derechos económicos del trabajador calculados en función del tiempo de servicios.

Art. 15.5 segundo párrafo.—1. Incorporar a los Convenios la definición de puesto de trabajo a estos efectos, pudiendo remitirse a lo que se ha dicho en el apartado anterior.

2. Concretar los supuestos en que la sucesión de distintos trabajadores en el mismo puesto de trabajo pueda ser abusiva. Pueden sugerirse los siguientes criterios:

- i) Precisar el número de contratos que pueden concertarse con distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo
- ii) Determinar el tiempo máximo en que se pueden seguir renovando los contratos temporales con distintos trabajadores, pasado el cual ha de procederse a contratar por tiempo determinado
- iii) Establecer un sistema combinado de los anteriores, mediante la fijación de topes en el número de contratos o en la duración máxima de la cobertura temporal de un mismo puesto de trabajo
- iv) Establecer procedimientos que resuelvan las discrepancias entre empresarios y representantes de los trabajadores para fijar criterios que justifiquen las nuevas contrataciones

3. Determinar en relación con la antigüedad en el servicio la fecha de inicio de los derechos que se deriven para el trabajador de la condición de fijo.

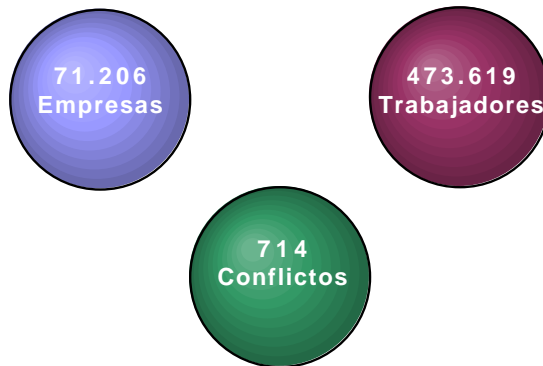


MEMORIA SOBRE LA ACTUACIÓN Y FUNCIONAMIENTO DEL SERCLA EN EL AÑO 2006

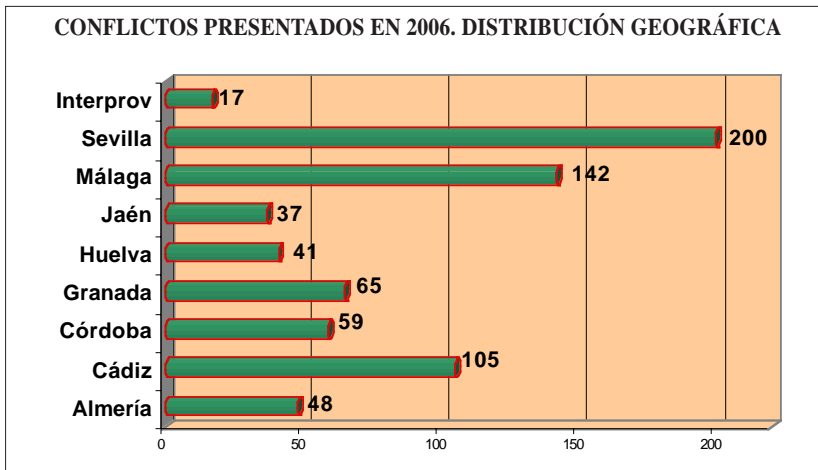
1. EXPEDIENTES PRESENTADOS

El número de conflictos registrados ante el SERCLA se situó al finalizar la anualidad 2006 en la cifra de **714**, alcanzándose así la cota máxima desde el inicio de actuaciones de este Sistema. La afectación personal de tales expedientes alcanzó a **473.619** trabajadores andaluces. Estos conflictos podían extender sus efectos a **71.206** empresas radicadas en nuestra Comunidad Autónoma.

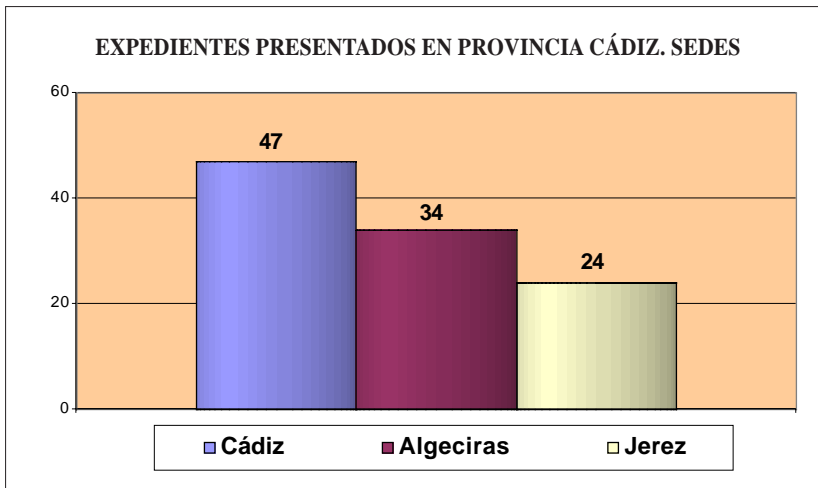
CONFLICTOS COLECTIVOS 2006

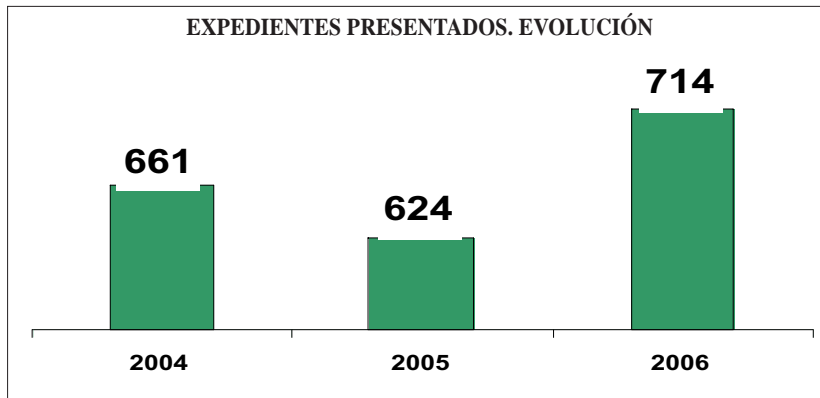


Al abordar un análisis de los conflictos iniciados en el año 2006 desde una perspectiva geográfica, se aprecia que la distribución territorial de los expedientes promovidos pone de manifiesto que, de forma muy destacada, la cifra más elevada corresponde a la provincia de Sevilla, seguida, a considerable distancia, de Málaga, y Cádiz. La suma de estas tres provincias representa las dos terceras partes del total de los conflictos interpuestos ante el Sistema en toda Andalucía.

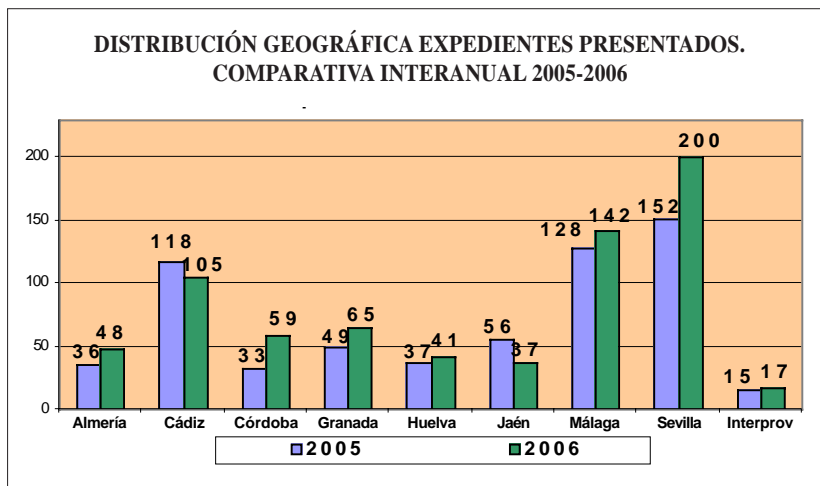


En la interposición de conflictos ante el SERCLA es imprescindible mencionar la singularidad de la provincia de Cádiz, única en la que el Sistema cuenta con tres centros de actuación.

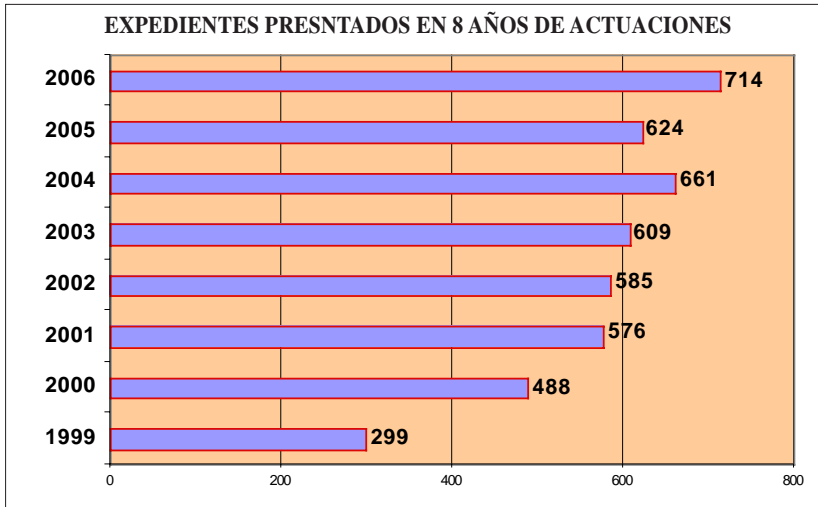




Respecto al año anterior, se observa un incremento de **90** solicitudes de mediación dirigidas al SERCLA, lo que supone un crecimiento global del **14%** en el número de conflictos registrados en el conjunto de la Comunidad Autónoma.

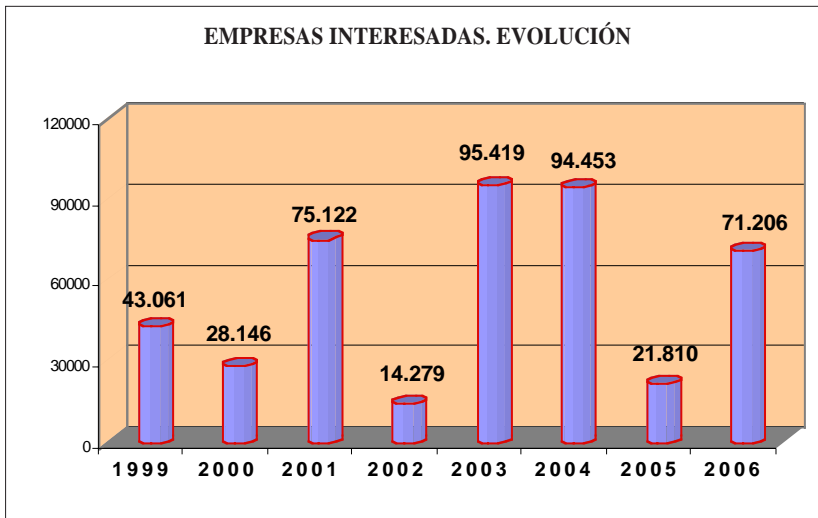


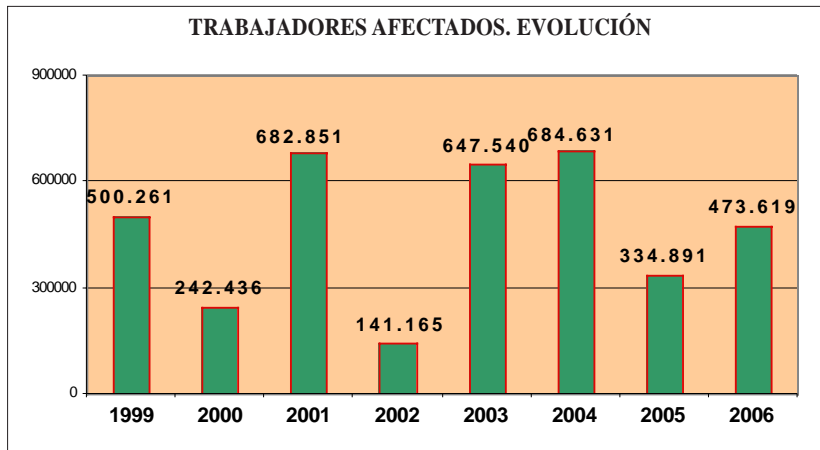
Por provincias, merecen ser destacadas por sus elevados crecimientos respecto al año anterior en cuanto a conflictos registrados, las de Córdoba (+79%), Almería (+33%), Granada (+33%) y Sevilla (+32%). En sentido opuesto, en Jaén desciende en **19** el número de expedientes (-34%) en comparación con la anualidad precedente.



En los ocho años transcurridos desde que el Sistema comenzó sus actuaciones, se ha solicitado la intervención del mismo en **4.556** conflictos laborales, los cuales han tenido **443.496** empresas interesadas y **3.707.303** de trabajadores afectados.

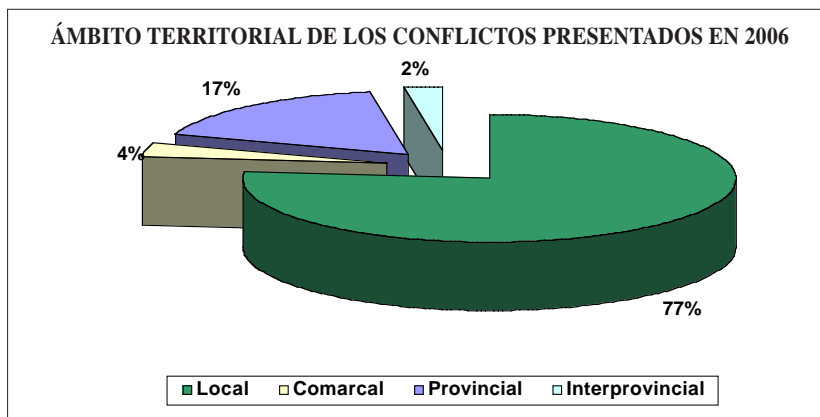
El SERCLA, asumido por los protagonistas de las relaciones laborales como un elemento dinamizador de la vida laboral del que se carecía con anterioridad, se ha consolidado como gestor de la práctica totalidad de las controversias laborales de Andalucía.





A. **Ámbito territorial de los conflictos**

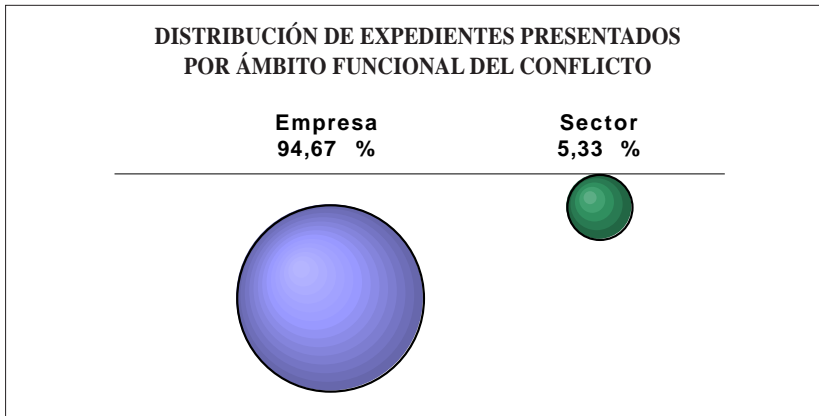
Los conflictos promovidos ante el SERCLA en 2006 tienen mayoritariamente un ámbito territorial local. Al mismo se adscriben **547** de los **714** presentados. A continuación se sitúan los conflictos de ámbito provincial (**124**). La incidencia tanto de los conflictos de ámbito comarcal (**26**) como interprovincial (**17**) resulta minoritaria.



Si estos datos se comparan con los del año anterior, se observa que en 2006 se produjo un ligero incremento de los conflictos de ámbito provincial, si bien el local continúa siendo el conflicto predominantemente presentado ante el SERCLA.

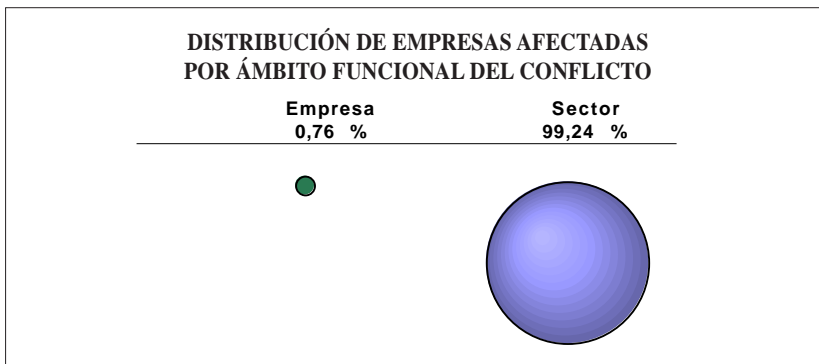
B. **Ámbito funcional de los conflictos**

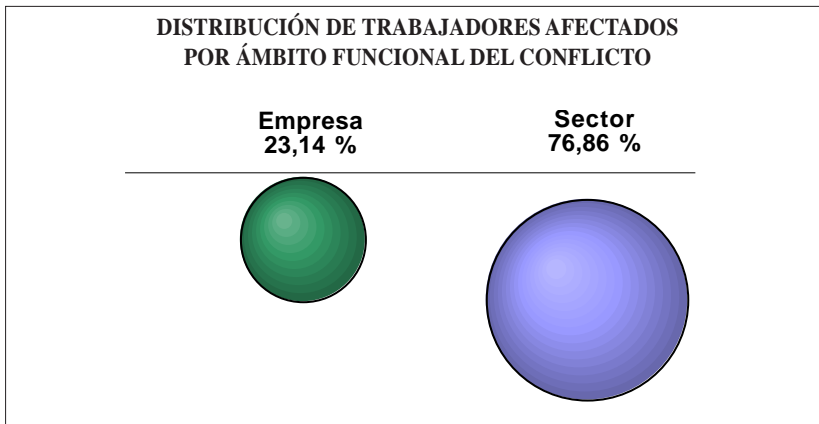
La inmensa mayoría de los expedientes presentados ante el SERCLA en 2006, como ya ocurriera en anteriores anualidades, correspondió a conflictos de empresa (**676**). Los procedimientos de conflicto de sector ascendieron a **38**.



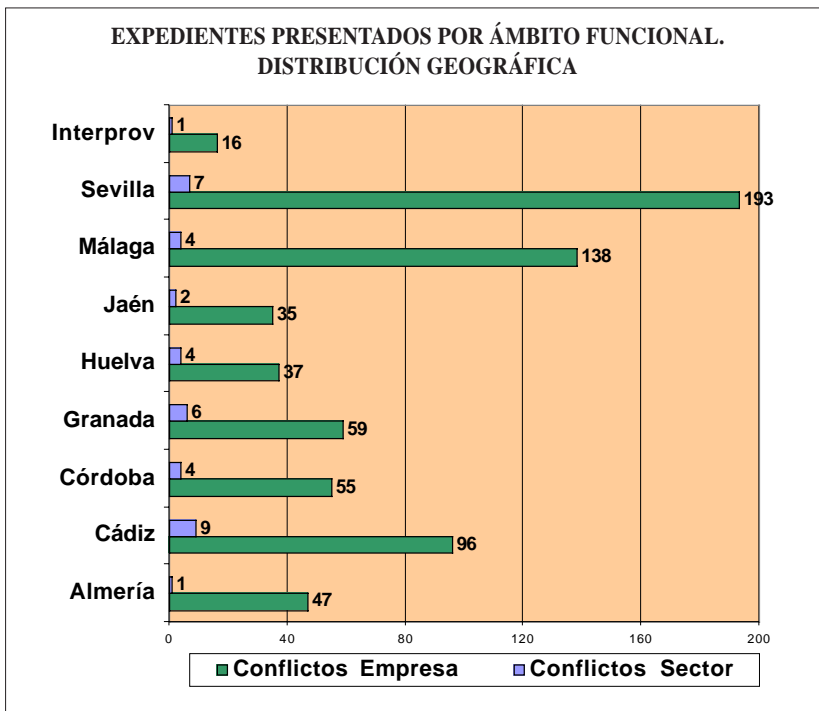
La mayoría de las empresas afectadas por los expedientes presentados en 2006 ante el SERCLA se incardina en el ámbito de los conflictos de sector (**70.479**), siendo muchas menos, **727**, las encuadradas en los conflictos de empresa.

En cuanto al campo de afectación de los trabajadores, cabe destacar que mientras **109.619** son los incluidos en el ámbito de aplicación de los conflictos de empresa planteados, los trabajadores afectados por conflictos de sector interpuestos ante el Sistema en 2006 ascienden a **364.000**.



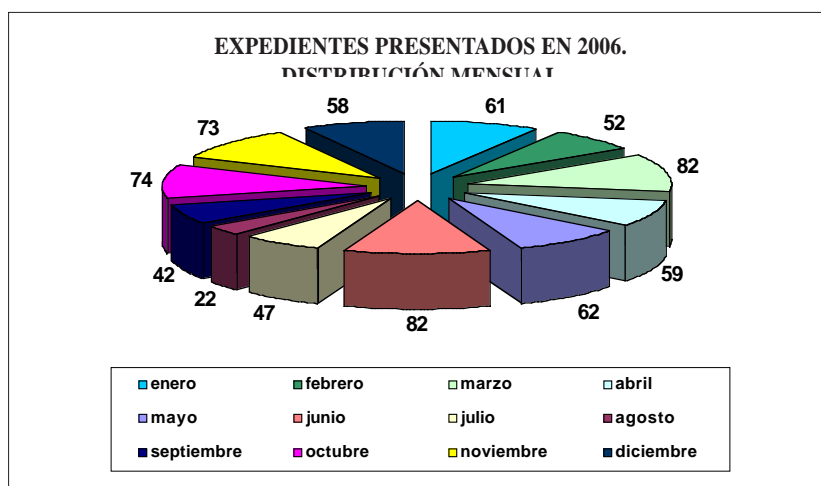


Al descender al análisis provincial, lo más llamativo resulta ser la considerable proporción de conflictos sectoriales registrados en Huelva y Granada, en las cuales los conflictos de sector supusieron, respectivamente, un **9,75%** y un **9,23%** con respecto a la totalidad de los expedientes presentados ante el Sistema en las referidas provincias.



C. **Ámbito temporal de los conflictos**

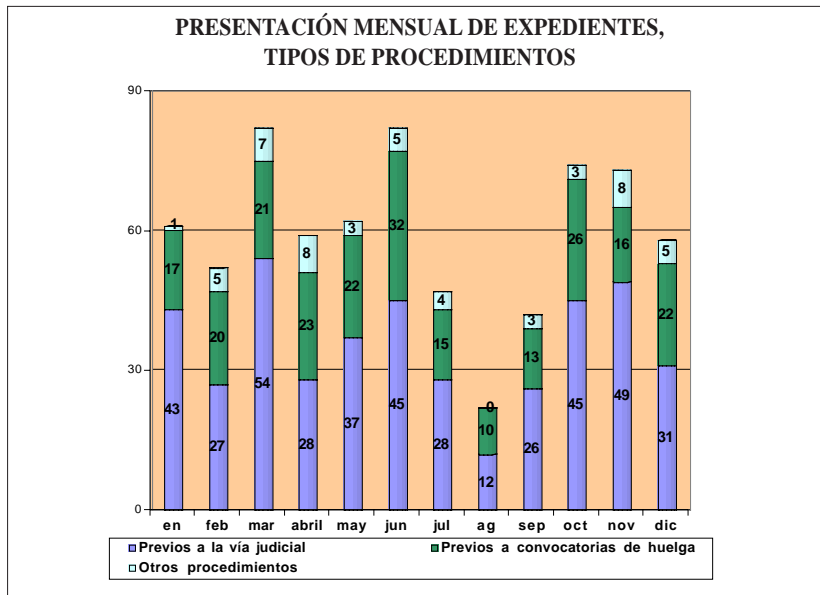
La cifra de **59,5** resultó ser la media mensual de expedientes presentados durante el año 2006. A este respecto, conviene recordar que en el año anterior el promedio mensual de conflictos registrados se situó en **52**. En 2006, fueron los meses de marzo y junio los que registraron la mayor cifra en el número de conflictos promovidos. Los de menor actividad fueron agosto y septiembre.



Si al analizar la fecha de presentación de los expedientes nos fijamos en el tipo de conflicto, se observa que el procedimiento previo a la vía judicial alcanzó su cota máxima en el mes de marzo (**54**), siendo enero el mes en que este tipo de conflicto supone un mayor porcentaje respecto al total de procedimientos iniciados en el Sistema (**70,49%**). Sin embargo, abril fue la mensualidad en que esta modalidad procedimental tuvo menor relevancia en el global del Sistema, al abarcar solo el **47,45%** del conjunto de los expedientes presentados.

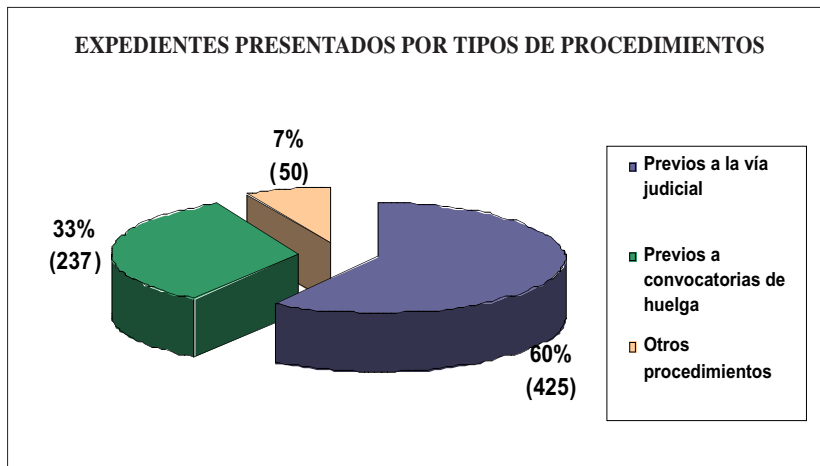
Junio fue el mes en el que más procedimientos previos a la convocatoria de huelga se promovieron ante el SERCLA en el año 2006 (**32**). No obstante el mayor peso relativo de esta modalidad procedimental en el global de los conflictos interpuestos se registró en el mes de agosto, período en el que los previos a huelga significaron el **45,45%** del total de los presentados en el Sistema.

Por último, los conflictos de intereses fueron promovidos en mayor número (**8**) en los meses de abril y noviembre, si bien en el primero alcanzaron una mayor cuota sobre el conjunto de los promovidos (**13,55%**).



D. Ámbito procedimental de los conflictos

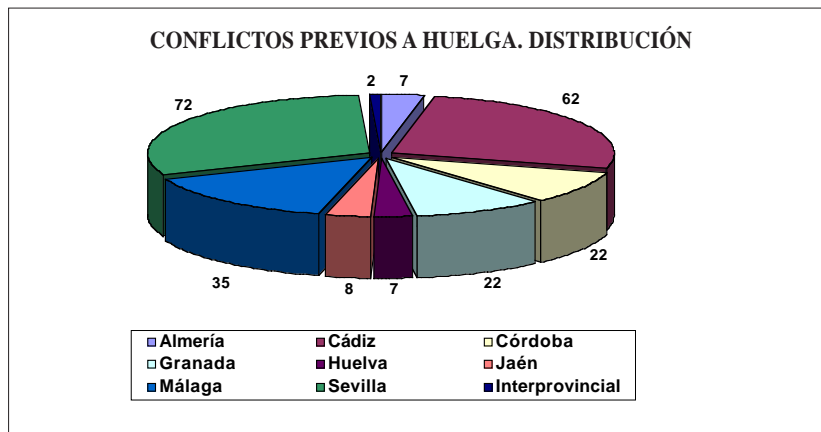
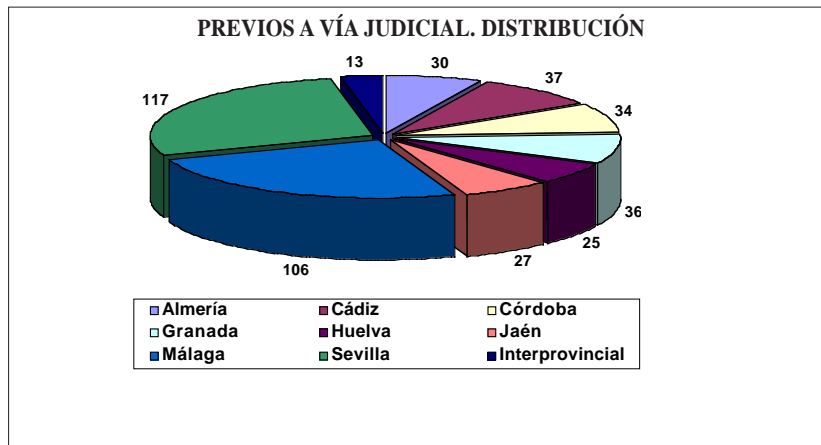
En 2006, en línea con lo sucedido en años anteriores, el previo a la vía judicial fue el tipo de conflicto interpuesto ante el SERCLA en mayor número (425). A continuación se situó el previo a la convocatoria de huelga (237). De los 50 conflictos restantes, 48 (6,72%) correspondieron a conflictos de intereses y 2 (0,28%) a procedimientos de arbitraje.

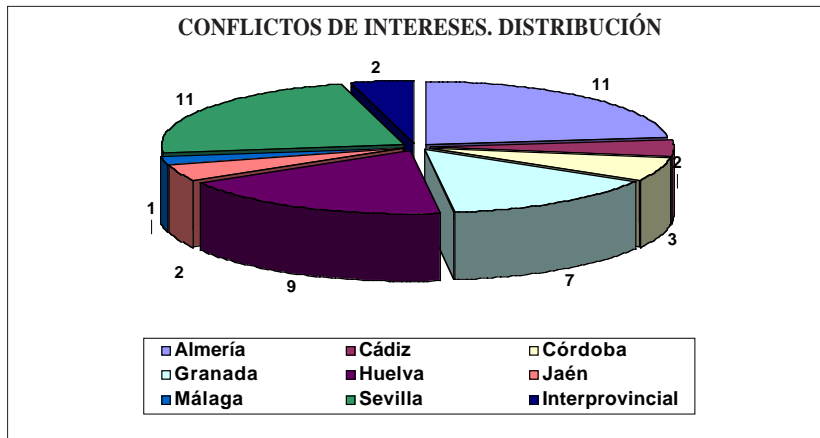


Por tipos de procedimiento, los datos de 2006 ponen de manifiesto que respecto al año precedente se incrementó el predominio de los expedientes previos a la vía judicial, registrándose un fuerte ascenso en la presentación de conflictos jurídicos. Por el contrario, la interposición ante el SERCLA tanto de los previos a convocatoria de huelga como de los conflictos de intereses se mantuvo en 2006 en proporciones muy similares a las de la anterior anualidad.

La presentación de conflictos varió respecto al año anterior en lo siguiente:

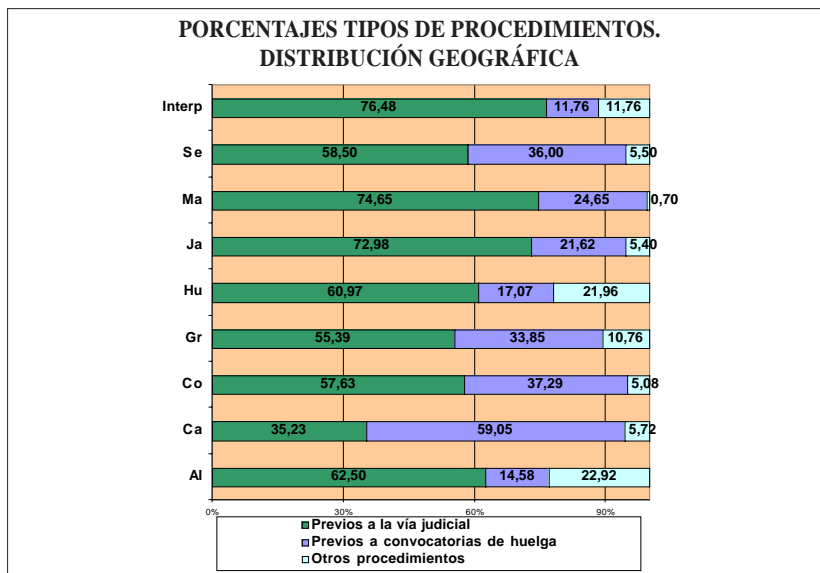
- + 80 Jurídicos
- + 6 Previos a Huelga
- + 10 de Intereses
- - 6 Arbitrajes





Las provincias de Sevilla y Málaga fueron las que registraron el inicio de más procedimientos previos a la vía judicial (**117** y **106** respectivamente), concurriendo en la sede malagueña la circunstancia de que esta modalidad procedimental alcanzó el segundo mayor porcentaje respecto al total de expedientes iniciados en la provincia (**74,65%**).

Una circunstancia a destacar en cuanto a la presentación de conflictos jurídicos se refiere a que el porcentaje más reducido, como ya viene siendo tradicional, correspondió a Cádiz (**35,23%**), siendo la única provincia en la que el previo a huelga se promovió en mayor medida que el previo a vía judicial.

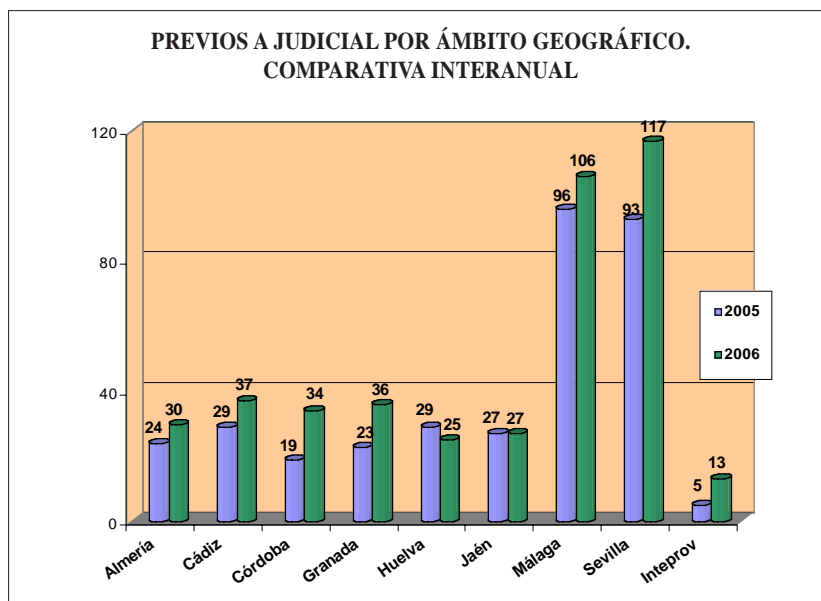


El ámbito interprovincial fue aquel en el que el procedimiento previo a convocatoria de huelga tuvo menor relevancia, abarcando solo **2** de los **17** expedientes presentados (**11,76%**).

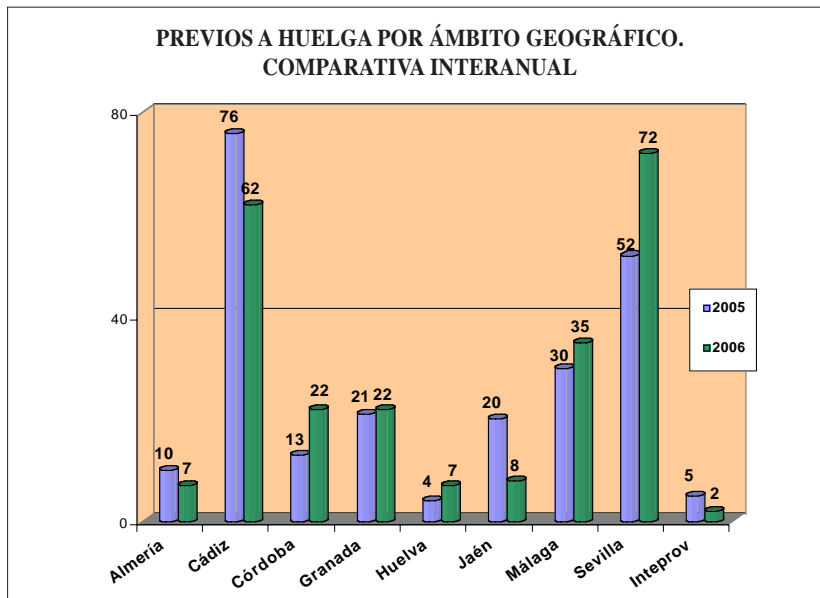
Por el contrario, y como ya ocurriera en anteriores anualidades, este tipo de procedimiento tuvo en 2006 en la provincia de Cádiz su mayor grado de utilización, ya que el previo a huelga fue promovido en **62** ocasiones, lo que supuso el **59,05%** del total de expedientes iniciados en dicha demarcación, significando el **26,16%** del conjunto de procedimientos previos a huelga promovidos en el SERCLA en el año 2006.

Si se desagregan los datos de la provincia de Cádiz, atendiendo a los tres centros de actuación con que cuenta el Sistema, se aprecia que el mayor recurso al previo a huelga se pone de manifiesto en los conflictos presentados en la sede de Algeciras, observándose como este procedimiento abarca **24** de los **34** promovidos (**70,58%**).

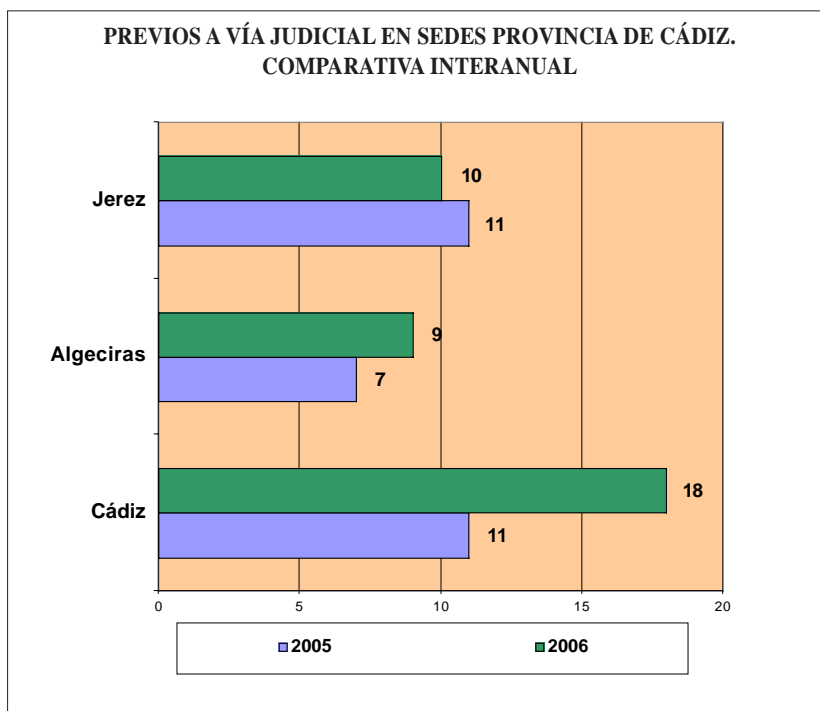
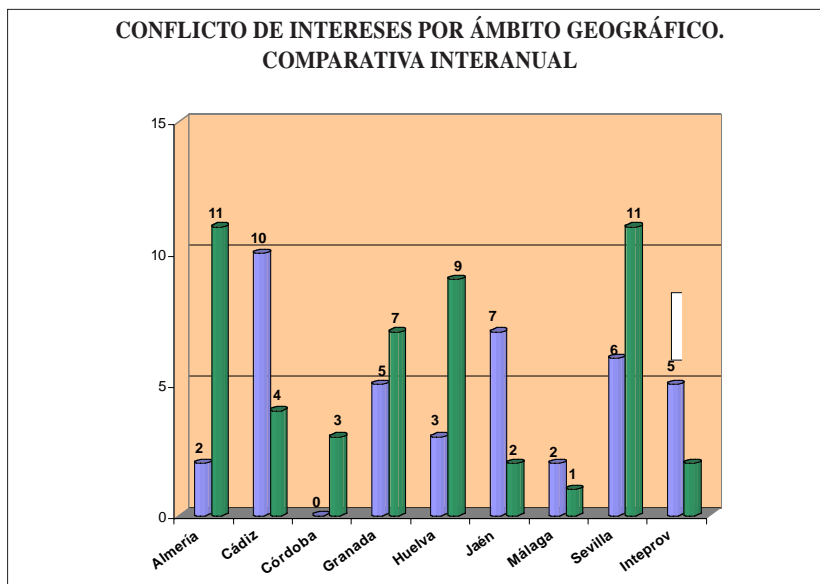
Respecto a los incluidos en la categoría de «otros procedimientos», lo más destacable es que alcanzaron su cifra más alta en Almería y Sevilla (**11** en ambas), logrando en la primera su mayor porcentaje sobre el conjunto de los presentados (**22,92%**). En sentido opuesto, Málaga sólo registró 1 expedientes de este tipo, no superando el **0,70%** del global de conflictos interpuestos en esta provincia.

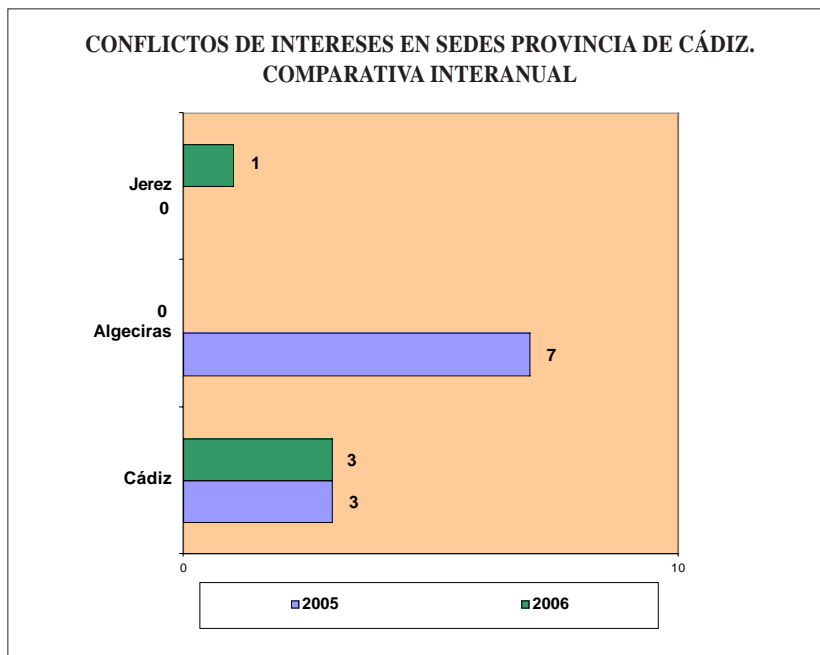
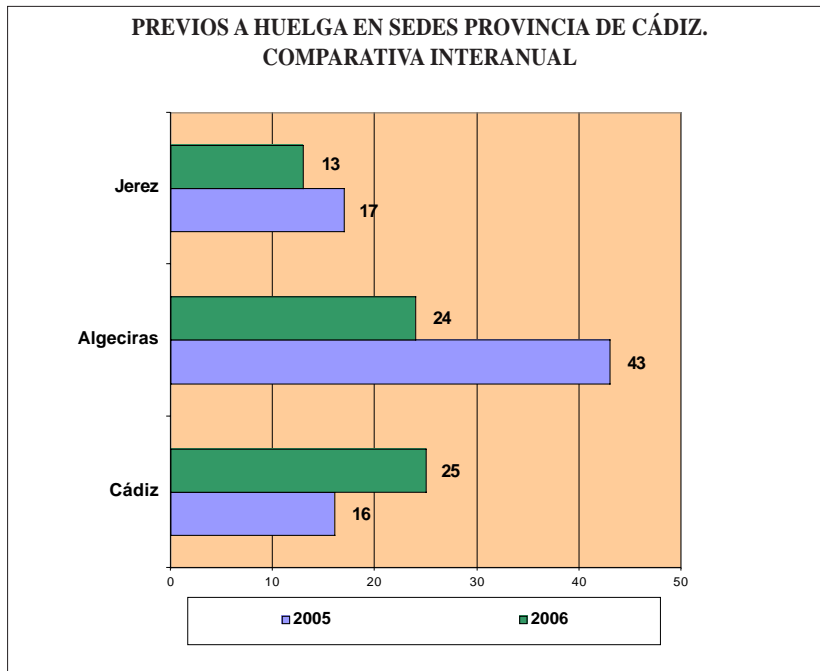


Si se realiza una comparativa interanual por provincias se concluye un notable incremento del número de procedimientos previos a la vía judicial en Córdoba (+ **78,94%**). Estos datos contrastan con los de Huelva, única provincia en la que se detecta una caída en la interposición ante el SERCLA de este tipo de conflictos (- **13,80%**).

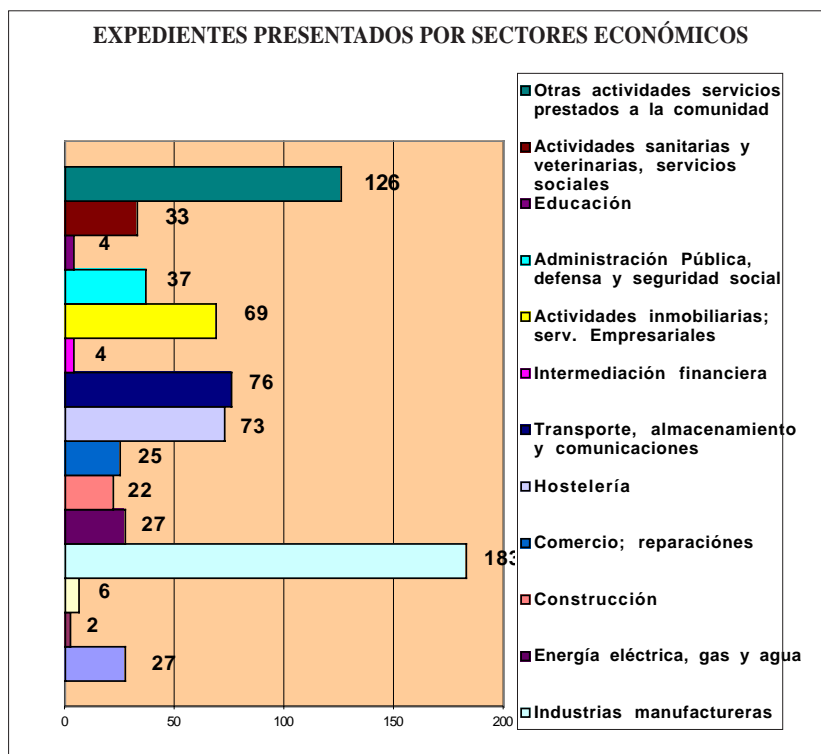


Respecto a los procedimientos previos a convocatoria de huelga, la comparativa interanual con respecto a la anualidad anterior pone de manifiesto el aumento del número de expedientes presentados en las sedes de las provincias de Huelva (+ **75,00%**), Córdoba (+ **69,23%**) y Sevilla (+ **38,46%**). Por el contrario, destacan los retrocesos observados en la presentación de estos conflictos en Jaén (- **60,00%**) y Cádiz (- **18,43%**).





E. Ámbito de los conflictos en función de actividades productivas



Las actuaciones del SERCLA en el año 2006 fueron demandadas en mayor proporción en el sector de Industrias Manufactureras, que abarcó el **25,70%** del total de expedientes presentados. Ahondando en el desglose de este sector, se observa que casi la mitad de los conflictos encuadrados en el mismo pertenecen a Metalurgia (**77**), situándose a continuación las Industrias de Productos Alimenticios y Bebidas (**34**), y la Industria Química (**16**).

Otros sectores afectados de forma significativa fueron los de Transportes Almacenamiento y Comunicaciones (**10,67%**) y Otras actividades servicios prestados a la comunidad (**17,98%**). Este último acoge a todos aquellos conflictos encuadrados en las actividades de saneamiento público. Los conflictos pertenecientes a Hostelería suponen el **10,11%** del total.

En cuanto a las empresas afectadas, el mayor porcentaje corresponde al sector de Agricultura (**41,99%**), y ello debido a la presentación de varios conflictos sectoriales encuadrados en dicha actividad. A cierta distancia le siguen las empresas encuadradas en los sectores de Hostelería (**12,14%**) y Construcción (**9,19%**).

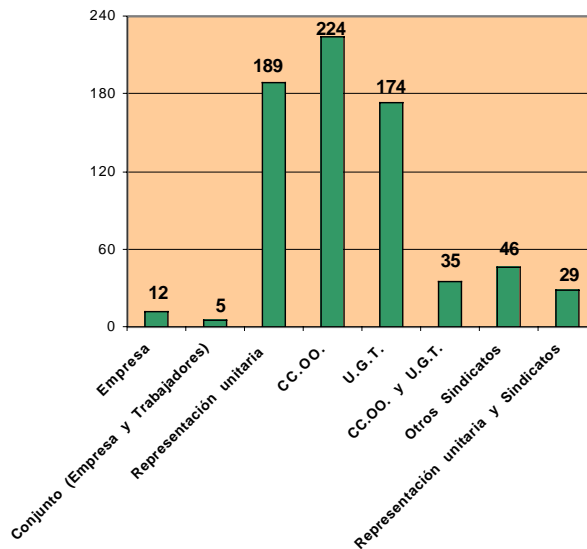
Por lo que se refiere a los trabajadores, la cifra más alta de los afectados por los procedimientos iniciados ante el SERCLA en el año 2006 pertenece al sector de Agricultura (**36,05%**). A continuación le siguen los trabajadores del sector de Industrias Manufactureras (**25,06%**). En tercer lugar se sitúa el sector de Hostelería con el **10,61%** de trabajadores afectados.

F. Promoción de los conflictos

El **67,08%** de los conflictos registrados en SERCLA en 2006 tenía promoción sindical, siendo destacable el hecho de que a las Organizaciones Sindicales firmantes del Acuerdo por el que se constituyó el Sistema les correspondió la presentación del **60,64%** del total. También es perceptible la actividad de convocatoria, aunque en menor medida, respecto a sindicatos distintos de los firmantes del Acuerdo, habiendo promovido éstos el **6,44%** del total.

El **26,47%** de los **714** expedientes presentados en el año 2006 ante el SERCLA fue promovido por representantes unitarios de los trabajadores en la empresa. Los promovidos conjuntamente por representantes de los trabajadores y sindicatos alcanzaron el **4,06%**. Los planteados conjuntamente por empresarios y trabajadores supusieron el **0,70%**. Las empresas promovieron el **1,68%** de los procedimientos.

PROMOCIÓN DE CONFLICTOS PRESENTADOS



G. Motivación de los conflictos

Los procedimientos que tienen su motivación en la aplicación e interpretación de los convenios colectivos suponen en el año 2006 el **52,81%** del total. Los expedientes presentados cuyo objeto se refiere a la negociación de convenio abarcan el **19,38%** del global. Resulta claramente inferior el porcentaje de conflictos (**16,71%**) que se derivan de la interpretación y aplicación de normas, lo cual es consecuencia de la prevalencia en la ordenación de las condiciones de trabajo de la norma convencional o pactada frente a la heterónoma.



Como consecuencia de modificaciones de condiciones de trabajo pactadas, se ha planteado el **8,15%**. La práctica totalidad de los mismos han alegado como motivo específico supuestos incumplimientos de requisitos de orden procedimental.

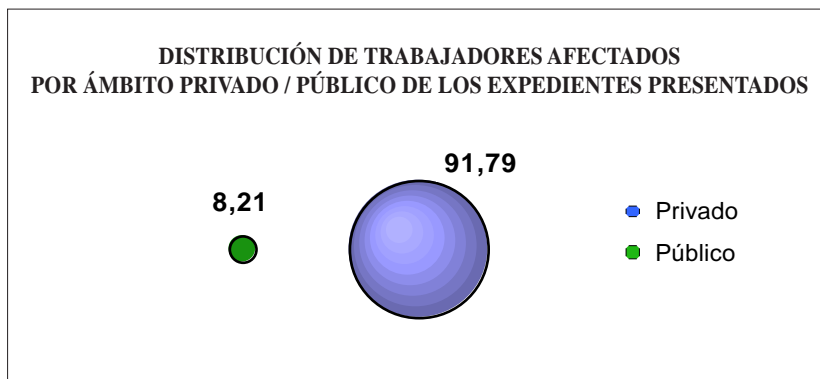
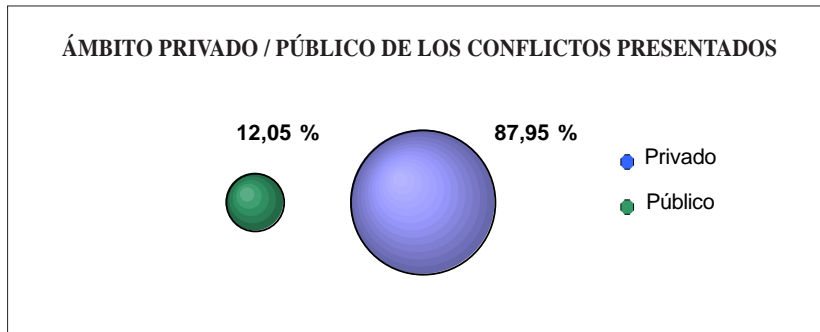
El cumplimiento de anteriores acuerdos alcanzados en sede SERCLA motiva el **2,11%** de los conflictos interpuestos.

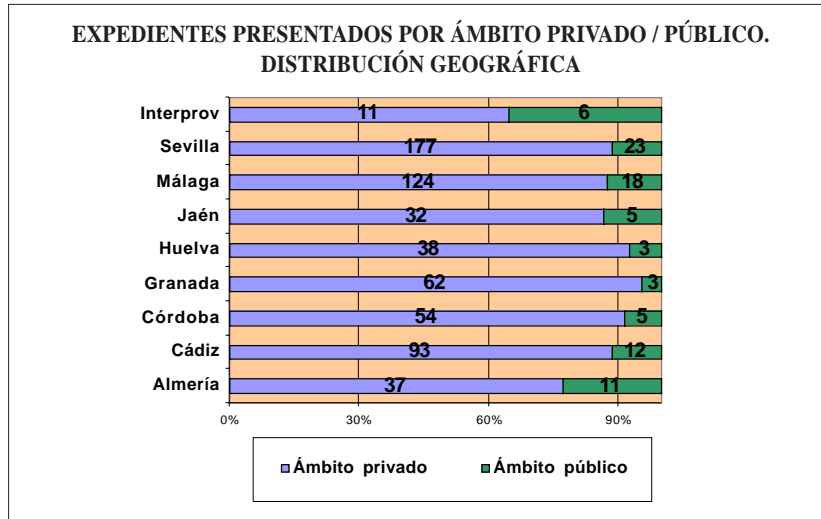
Por último, tienen muy escasa presencia tanto los conflictos motivados por despidos colectivos y plurales (**0,70%**) como los debidos a la interpretación de planes de servicios mínimos (**0,14%**).

H. Ámbito privado/público de los conflictos

Al analizar la distribución de los **714** expedientes presentados en el año 2006 ante el SERCLA en función de su pertenencia al ámbito público o pri-

vado, se puede apreciar el predominio del sector privado, que comprende **628** conflictos suscitados en el Sistema en dicho período, correspondiendo al sector público los **86** restantes.

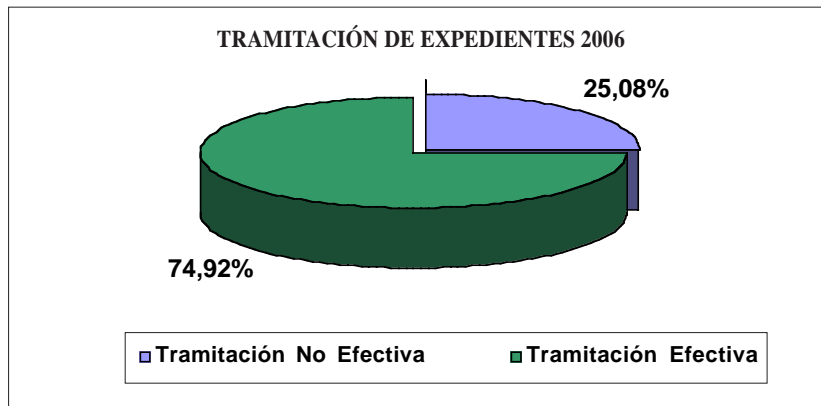




2. TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTES

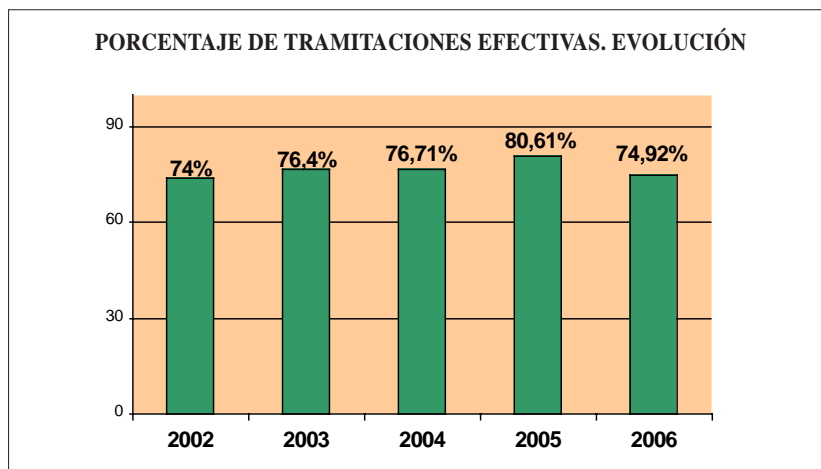
El porcentaje de tramitaciones efectivas se situó en 2006 como media en el **74,92%** de los procedimientos promovidos, si bien en varias provincias se logran ratios de tramitación en torno al **80%** (Cádiz, Granada, Huelva y Sevilla). Por el contrario, en Málaga los conflictos efectivamente tramitados solo suponen el **64,71%** del total de los presentados.

Como en años anteriores, el SERCLA logró en el ejercicio 2006 una elevada proporción de procedimientos que alcanzaron la tramitación efectiva (**535**) en el conjunto de los promovidos ante este Sistema extrajudicial (**714**). En términos globales, la terminación anticipada sucedió en el **25,08%** del total de los procedimientos iniciados (**179**).

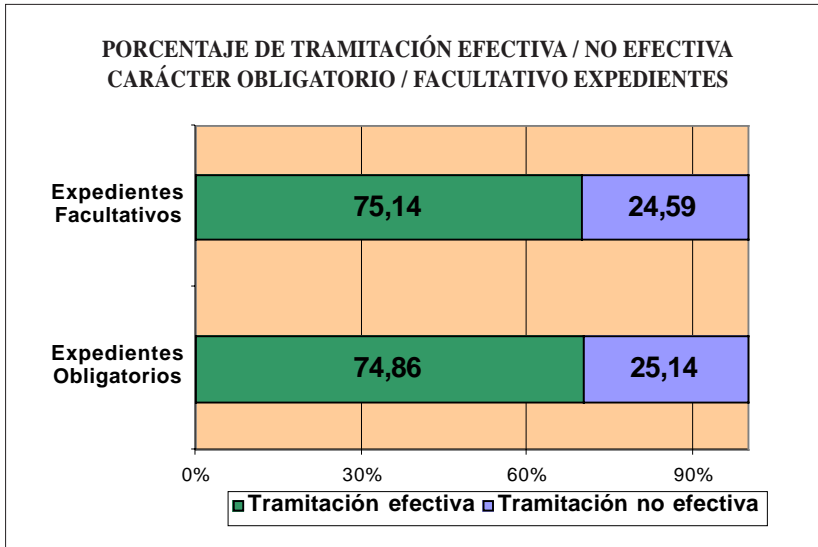


En 2006, concluyeron su tramitación normal un total de **533** de los **712** procedimientos de Conciliación–Mediación presentados, permitiendo la intervención efectiva de la Comisión en el **74,86%** de los expedientes. En el resto de los casos (**179**) el procedimiento finalizó anticipadamente por alguna de las causas previstas en el Reglamento de Funcionamiento y Procedimiento del Sistema (**25,14%**).

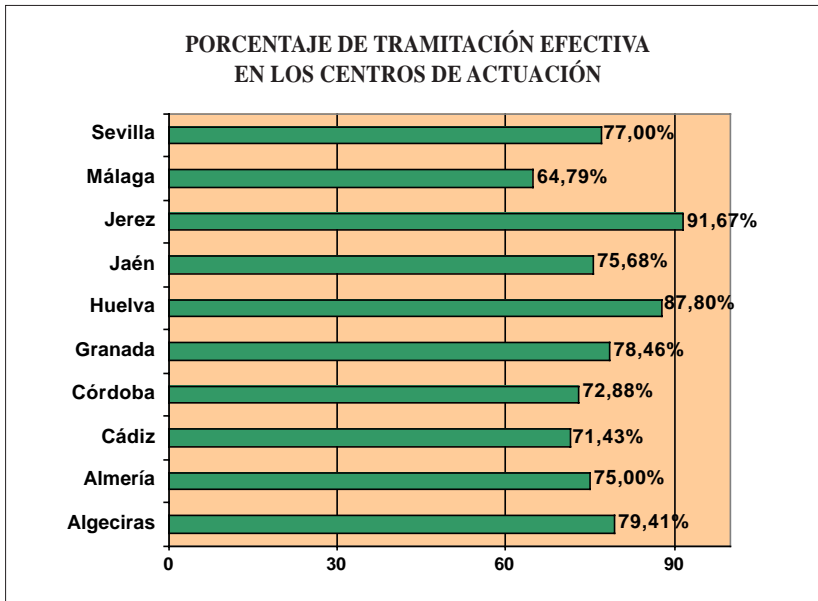
En lo que concierne a la tramitación de los **2** procedimientos de arbitraje solicitados, señalar que ambos (**100,00%**) concluyeron su tramitación efectiva con intervención del árbitro designado al efecto, dictándose los correspondientes laudos arbitrales.



Al analizar los datos relativos a la tramitación de expedientes por el SERCLA debe atenderse también al carácter obligatorio o facultativo de su sustanciación ante este Sistema. En este sentido, conviene recordar que dicha obligatoriedad afecta tanto a los conflictos previos a la vía judicial como a los previos a huelgas cuyas convocatorias estén previstas por alguna o las dos Organizaciones firmantes del Acuerdo constitutivo de este Sistema extrajudicial, es decir, Unión General de Trabajadores de Andalucía (UGT-A) y Comisiones Obreras de Andalucía (CCOO-A).



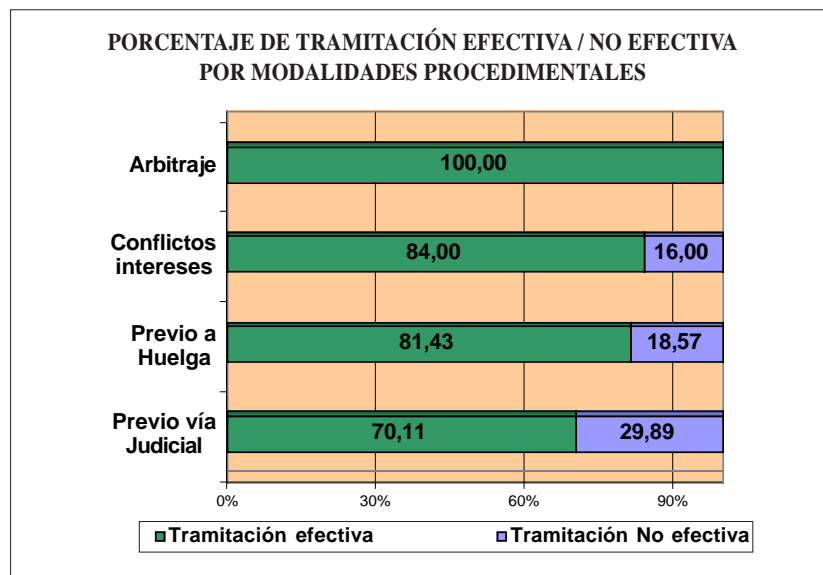
En el conjunto de los **169** expedientes presentados en 2006 ante el SERCLA con carácter facultativo, la tramitación efectiva se extendió a **127**. En los expedientes presentados con carácter obligatorio, la efectividad en la tramitación abarcó a **408** de los **545** procedimientos.



Al comparar los datos relativos a la tramitación de procedimientos correspondientes a los diferentes centros de actuación del Sistema, se ponen de manifiesto importantes diferencias en los porcentajes de tramitación efectiva alcanzados.

Las ratios de efectividad en la tramitación más elevadas corresponden a las sedes de Jerez y Huelva, en las cuales se registran índices muy superiores a la media del conjunto del Sistema.

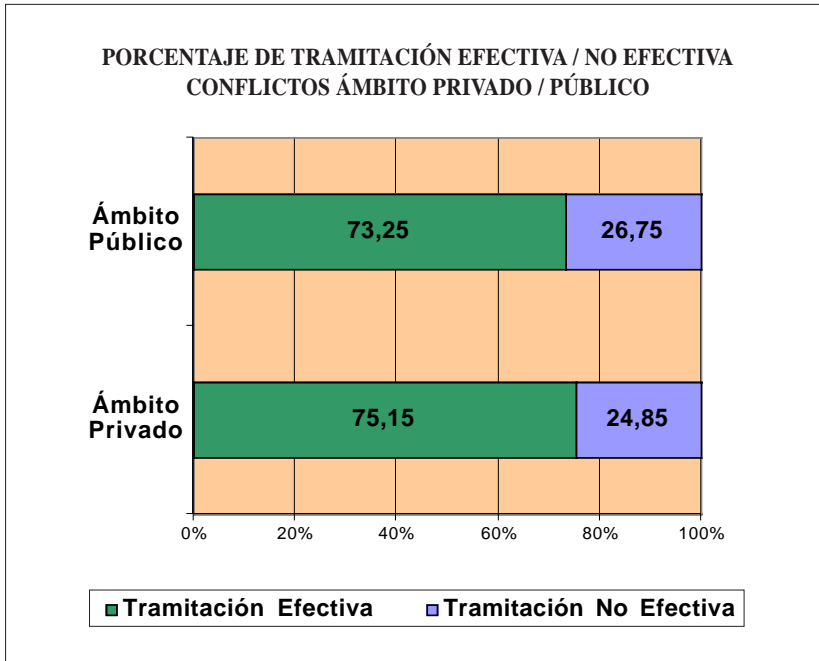
En el extremo opuesto se sitúa la proporción de tramitación registrada en la de Málaga, muy por debajo del resto de los centros de actuación del SERCLA en toda Andalucía.



Como ya se ha dicho anteriormente, los 2 arbitrajes solicitados en 2006 al SERCLA culminaron con el correspondiente laudo.

En el conjunto del Sistema, y como ya ocurriera en los años anteriores, a los conflictos de intereses correspondió un índice muy elevado de tramitación efectiva. En esta anualidad se presentaron ante el SERCLA un total de 50 conflictos de intereses, de los cuales 42 se tramitaron efectivamente.

En cuanto a los conflictos previos a huelga, de los 237 interpuestos, 193 obtuvieron efectiva tramitación. En menor medida, 298 de los 425 conflictos registrados como previos a la vía judicial alcanzaron efectividad en su tramitación.



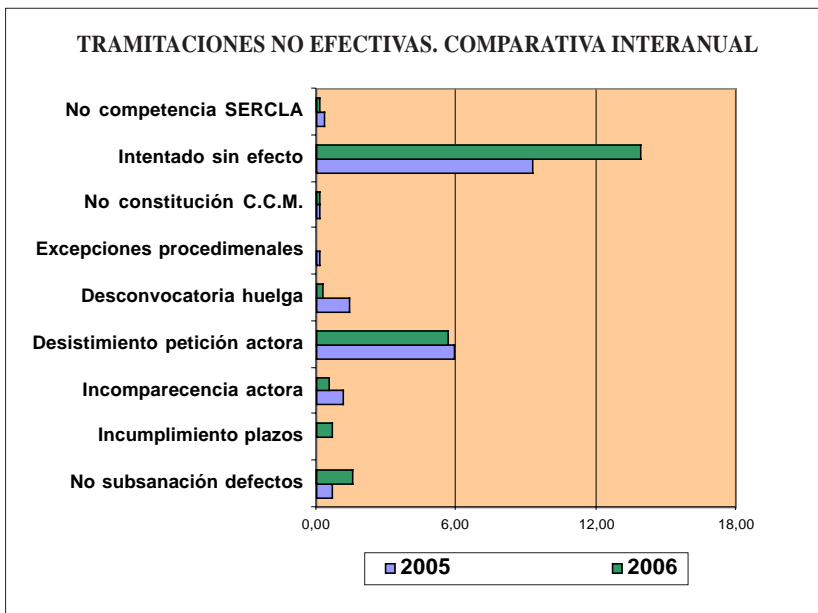
En la anualidad 2006 fueron tramitados efectivamente un total de **63** de los **86** conflictos encuadrados en el sector público.

En el ámbito privado, la efectividad en la tramitación se extendió a un total de **472** de los **628** conflictos incardinados en este sector.



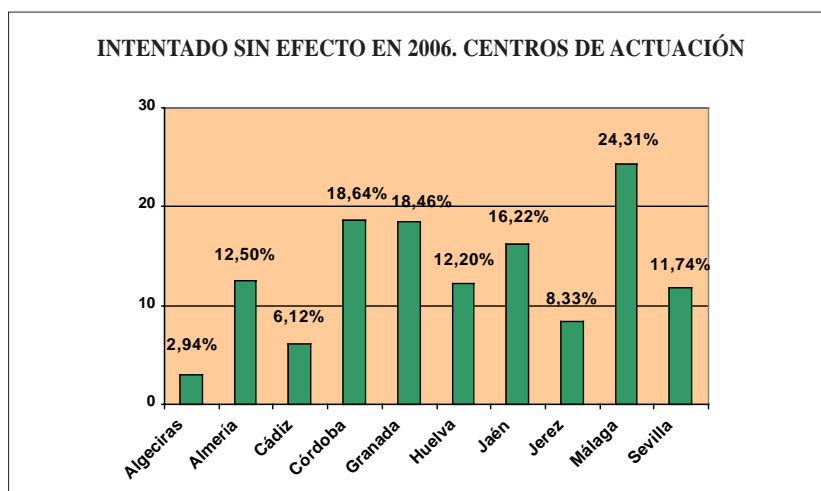
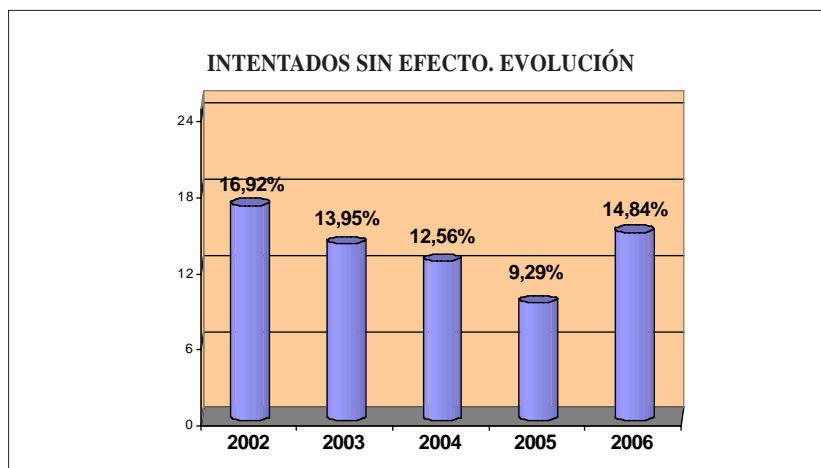
En 2006, de modo similar a lo sucedido en anteriores años, la causa de terminación anticipada que afecta a mayor número de expedientes resulta ser la incomparecencia de la parte frente a la que se inicia el conflicto, dándose por finalizado en consecuencia como «intentado sin efecto». De este modo finalizó el **14,84%** de los **714** presentados en dicha anualidad.

La tramitación no efectiva de un conflicto interpuesto ante el SERCLA debida a un previo desistimiento realizado por la parte actora aconteció en el **6,02%** de los conflictos. El archivo de actuaciones al no subsanarse defectos provocó la terminación anticipada del **2,10%** de los procedimientos.



Al examinar los diferentes motivos de terminación anticipada y su evolución en relación con el año anterior, destaca el hecho de que en 2006 la incomparecencia de la parte demandada (intentado sin efecto) crece varios puntos porcentuales.

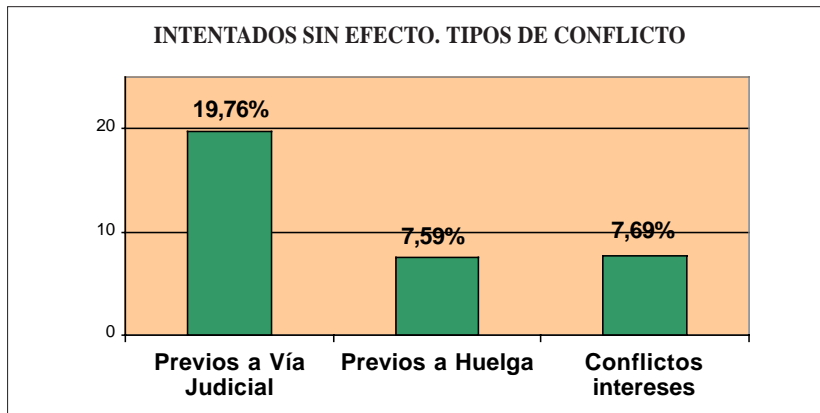
Por el contrario, respecto al año anterior, en la anualidad referida decrecen levemente los supuestos de terminación anticipada consecuencia tanto de un desistimiento a petición de la parte actora como de una incomparecencia de la parte que promueve el conflicto.



Si la ratio de procedimientos cuyo resultado es intentado sin efecto se analiza según cual sea la sede de presentación ante el SERCLA, destaca la circunstancia de que la terminación anticipada por incomparecencia de la parte demandada alcanza sus porcentajes más reducidos en las sedes de Algeciras y Cádiz.

Por el contrario, Málaga registró un porcentaje de incomparecencias de empresas muy superior a la media del Sistema. En esta provincia resultaron hasta **34** intentados sin efecto a lo largo de 2006, número muy elevado si tenemos en cuenta que el total de expedientes presentados en la misma ascendió a **142**. En la sede malagueña radicó el **32,07%** del total de incomparecencias de la parte demandada registradas en toda Andalucía en

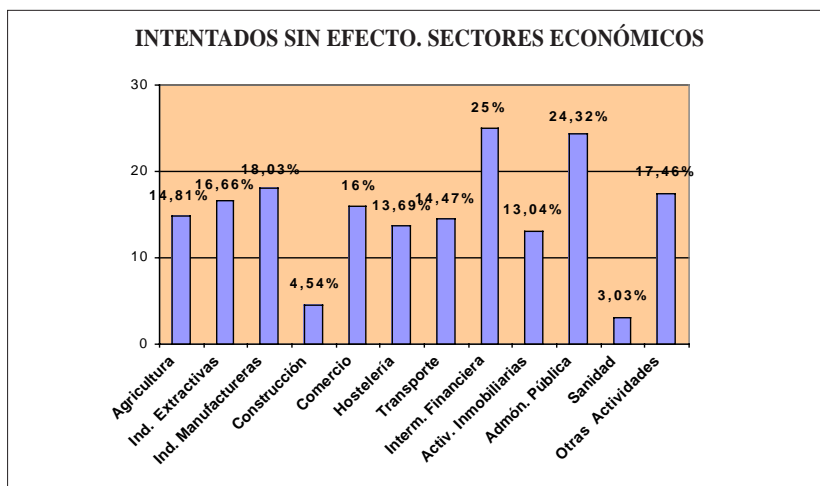
2006, circunstancia llamativa si tenemos en cuenta que esta provincia abarcó el **19,88%** de los expedientes presentados ante el SERCLA en toda la Comunidad Autónoma.



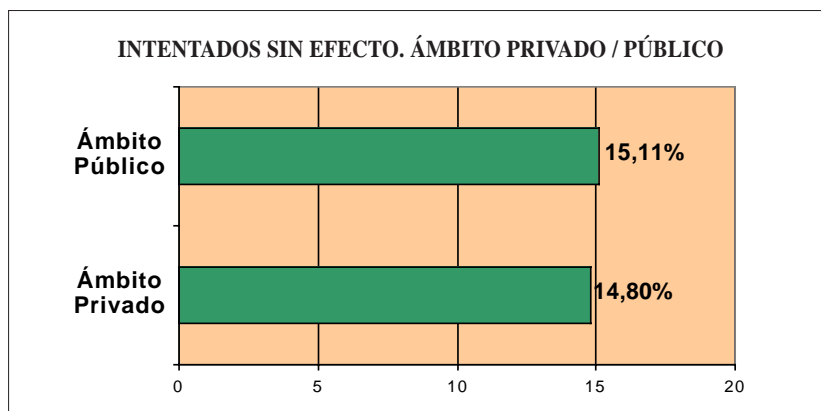
Los intentados sin efecto producidos en los procedimientos previos a la vía judicial suponen el **79,24%** del global de expedientes finalizados anticipadamente por esta causa, siendo este tipo procedimental el que registra este resultado con mayor frecuencia, de forma que afectó a **84** de los **425** instados en 2006 bajo esta modalidad.

Por el contrario, la incidencia de esta causa es menor en los conflictos de intereses, de modo que solo abarca **4** de los **52** presentados.

En el procedimiento previo a convocatoria de huelga, la incomparecencia de la parte frente a la que se inicia el conflicto se produjo en **18** de los **237** presentados.



Por sectores económicos, el intentado sin efecto apareció con mayor frecuencia en los conflictos encuadrados en Intermediación Financiera (1 de los 4 presentados) y Administración Pública (9 de los 37 interpuestos).



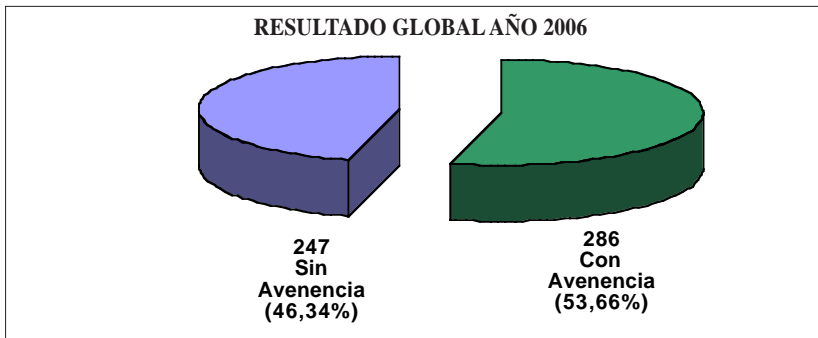
Si fijamos la atención en el ámbito público o privado de los sectores o empresas afectadas por los procedimientos intentados sin efecto, vemos como la incidencia relativa de esta forma de terminación resultó ser levemente superior en los expedientes correspondientes a expedientes incardinados en el sector público. En este ámbito, la no comparecencia de la parte demandada sucedió en 13 de los 86 conflictos registrados. Lo mismo ocurrió en 93 de los 628 conflictos pertenecientes al sector privado.

De entre los datos técnicos relativos a la tramitación de los conflictos interpuestos ante el Sistema en 2.006, cabe destacar los siguientes:

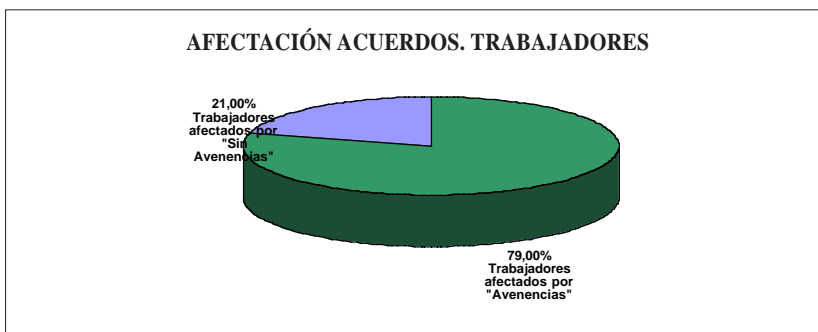
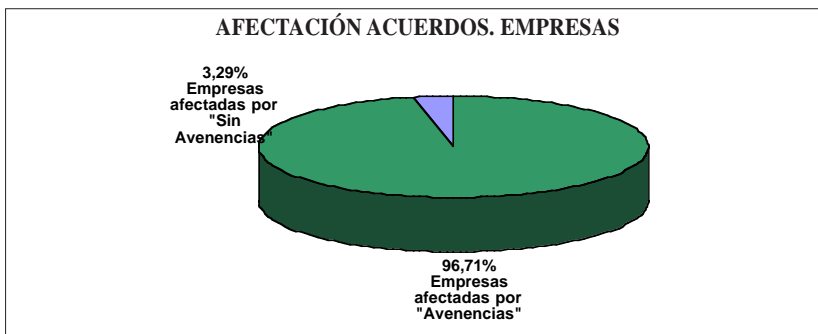
- ➔ 15 días naturales como duración media de los expedientes.
- ➔ 1,32 sesiones por expediente como promedio.
- ➔ 122 minutos como duración media de las sesiones de mediación.
- ➔ 153 mediadores actuantes.
- ➔ 15 secretarios intervinientes.
- ➔ 1.916 horas invertidas en sesiones de mediación.
- ➔ 9.870 horas empleadas en la gestión administrativa

3. RESULTADOS OBTENIDOS

El índice global de acuerdos alcanzó en el año 2006 el **53,66%** de los conflictos tramitados, finalizando con avenencia un total **286** de los **533** expedientes de conciliación-mediación tramitados en dicho período de tiempo.

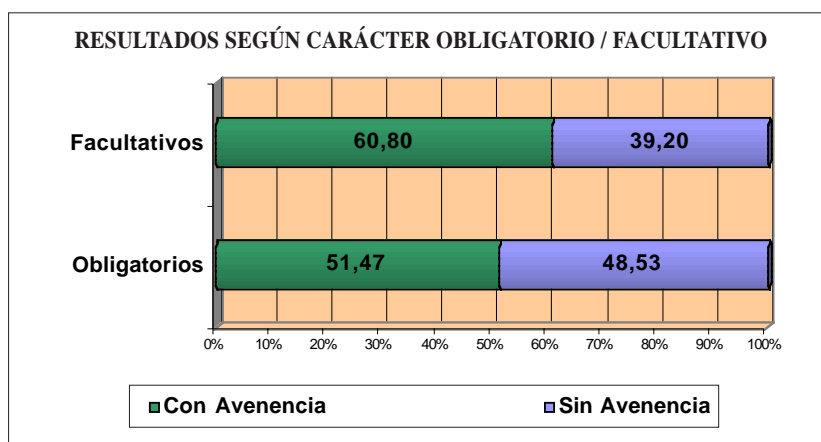


Los **286** acuerdos suscritos a lo largo de 2006 en alguno de los diez centros de actuación con que cuenta el SERCLA en Andalucía beneficiaron a **49.220** empresas, es decir, el **96,71%** de aquellas que podían tener la consideración de afectadas por los conflictos tramitados por el Sistema en dicho período de tiempo. Las referidas avenencias alcanzadas también extendieron sus efectos positivos a un importante número de trabajadores: Un total de **280.697**, los cuales significaban el **79,00%** de aquellos a quienes concernían los procedimientos cuya tramitación llevó a cabo el SERCLA en la anualidad 2006.



La elevada afectación de los acuerdos suscritos en 2006 se comprende si tiene en cuenta el elevado porcentaje de acuerdos logrados en la resolución de conflictos sectoriales (**70,59%**).

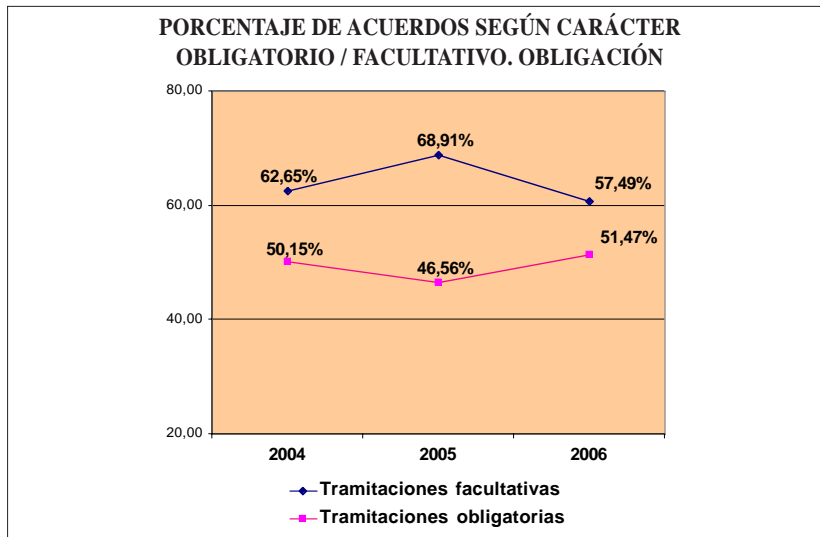
Al efectuar una distinción entre los resultados registrados en la resolución de los procedimientos cuya tramitación corresponde obligatoriamente al SERCLA (previos a vía judicial y previos a huelgas cuya convocatoria corresponda a UGT-A y/o CCOO-A) por un lado, y por otro aquellos cuya presentación ante este Sistema extrajudicial tiene carácter voluntario, se puede observar que presentan significativas variaciones los porcentajes de acuerdos logrados en uno y otro grupo de conflictos.



En 2006, de las **408** tramitaciones efectivas obligatorias, **210** finalizaron con avenencia. En las facultativas, los acuerdos ascendieron a **76** en un total de **125** procedimientos. Como en años anteriores, la ratio de avenencias derivadas de las tramitaciones facultativas resulta ser superior a la obtenida en la resolución de los procedimientos tramitados por el SERCLA como instancia en la que se sustancian con carácter obligatorio.

No obstante, si se comparan los datos del año al que se refiere el presente informe con los de la anualidad precedente, se aprecia que en 2006 se produce un crecimiento en el índice de acuerdos logrados en los procedimientos que llegan obligatoriamente al SERCLA.

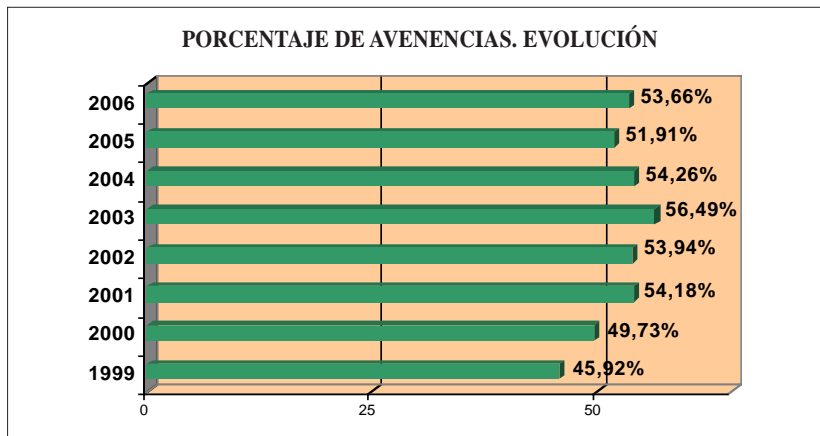
Por el contrario, se reduce el porcentaje de avenencias alcanzadas en los conflictos cuya sustanciación es facultativa. Todo ello implica una menor distancia entre los resultados registrados según estemos ante tramitaciones facultativas u obligatorias.

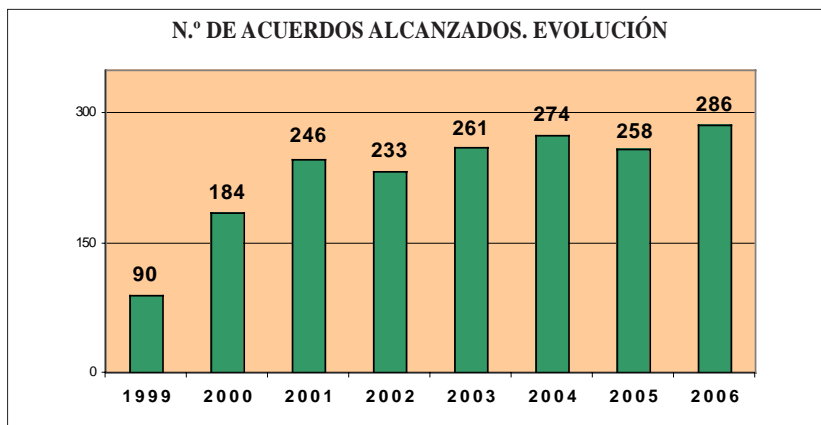


RESULTADOS 2006. COMPARATIVA AÑO ANTERIOR

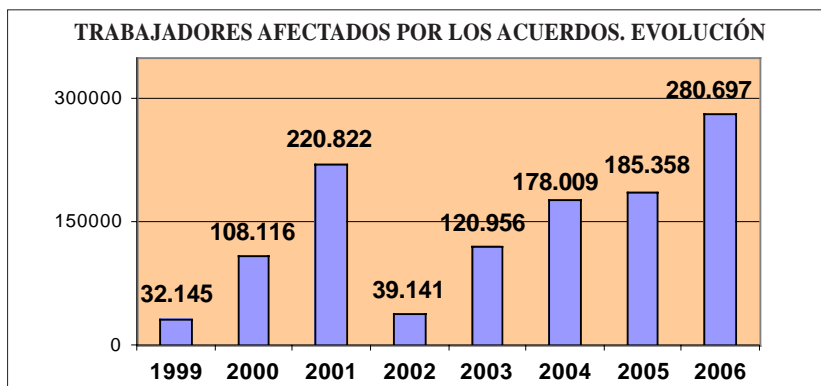
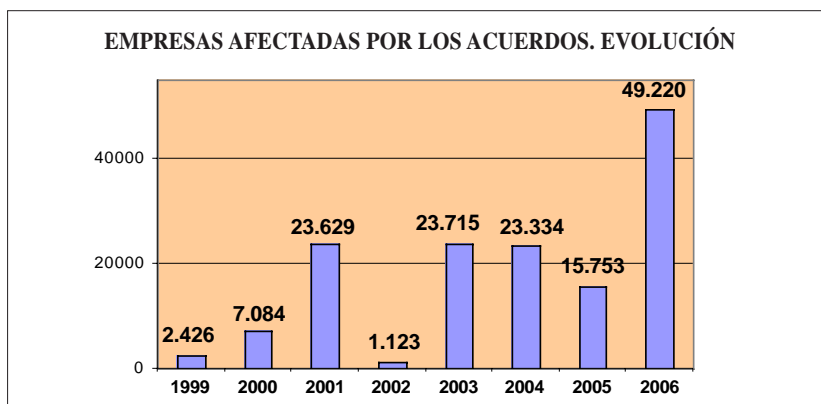
+ 1,75%	+ 13,61%	+ 13,32%
Acuerdos alcanzados	Empresas beneficiadas	Trabajadores beneficiados

Los resultados logrados por el Sistema en su octavo año de funcionamiento suponen un crecimiento tanto de las avenencias propiciadas como de los afectados por tales acuerdos.



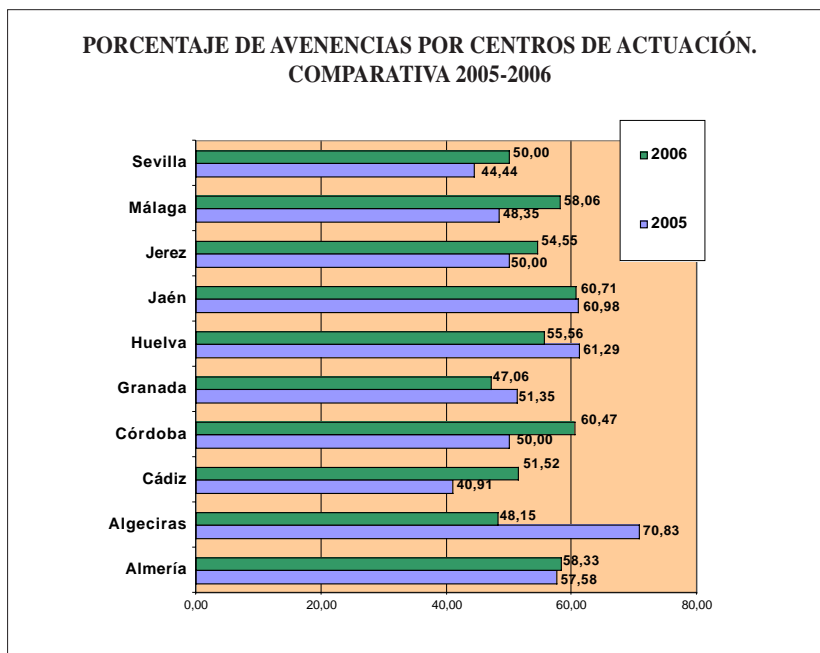
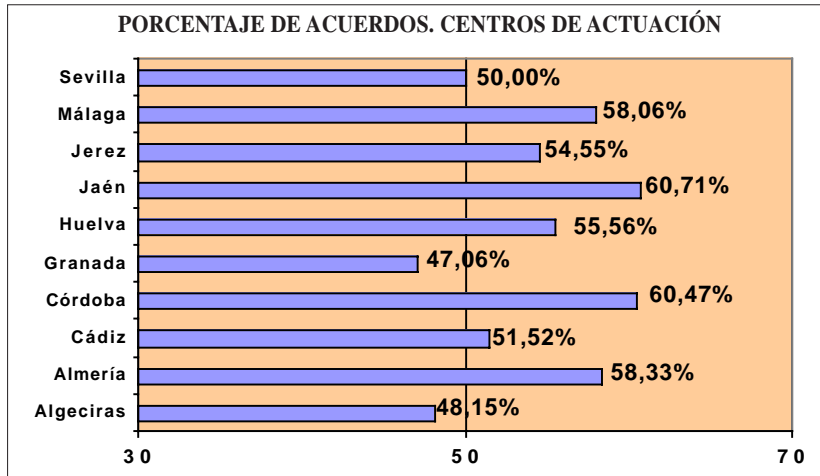


En los ocho años de funcionamiento de ese Sistema, se han suscrito un total de **1.832** acuerdos, los cuales han extendido sus efectos a **146.284** empresas y a **1.165.244** trabajadores andaluces.



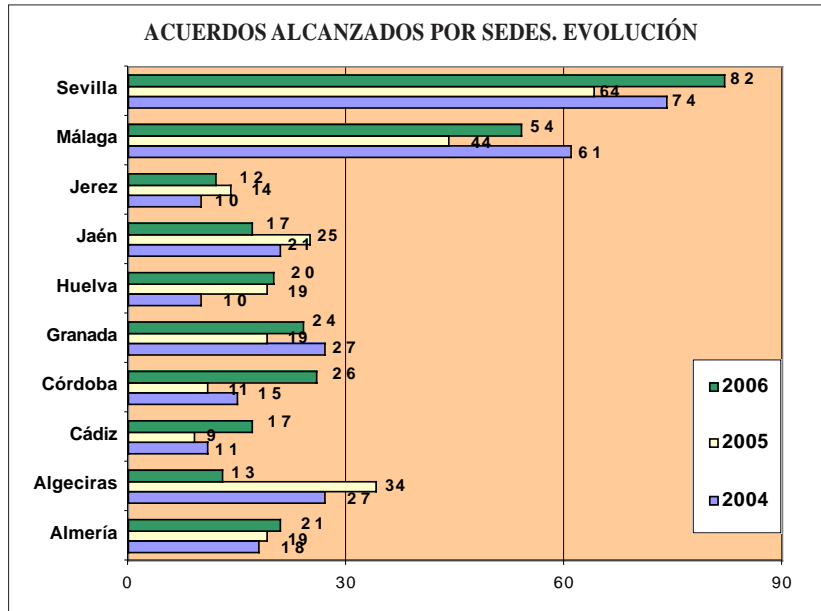
A. Resultados por ámbito geográfico

La desagregación de los resultados de 2006 teniendo en cuenta las diez sedes con que cuenta el Sistema, pone de manifiesto que mientras la ratio de acuerdos en algunas de ellas supera el **60%**, en otras ronda el **50%**.



Al comparar los porcentajes de acuerdos registrados en 2006 en cada sede con los obtenidos el año anterior, vemos como se aprecian importantes crecimientos porcentuales de acuerdos en las de Cádiz, Córdoba y Málaga.

Por el contrario, se observan retrocesos en los índices de avenencias correspondientes a las sedes del SERCLA en Granada, Huelva y, sobre todo, Algeciras.

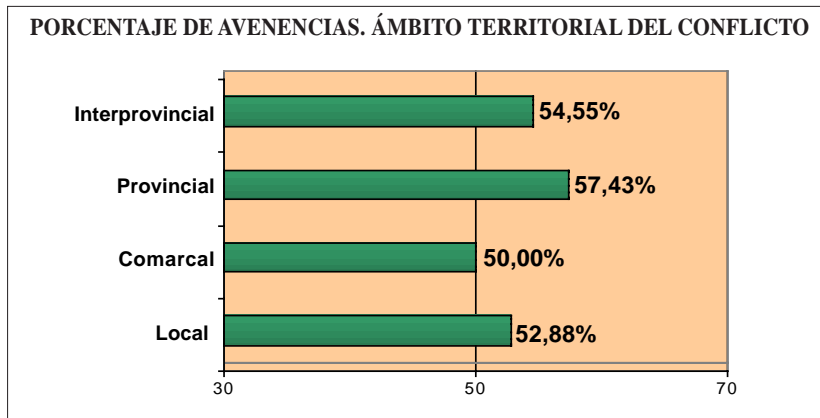


Si se efectúa un análisis de la evolución del número absoluto de acuerdos alcanzados en cada sede en el último trienio, se aprecia como las cifras de las provincias de Almería y Huelva muestran una progresión constante.

Otra circunstancia digna de mención es el sobresaliente dato de Córdoba en 2006, alcanzando una cifra de acuerdos que dobla la del año anterior.

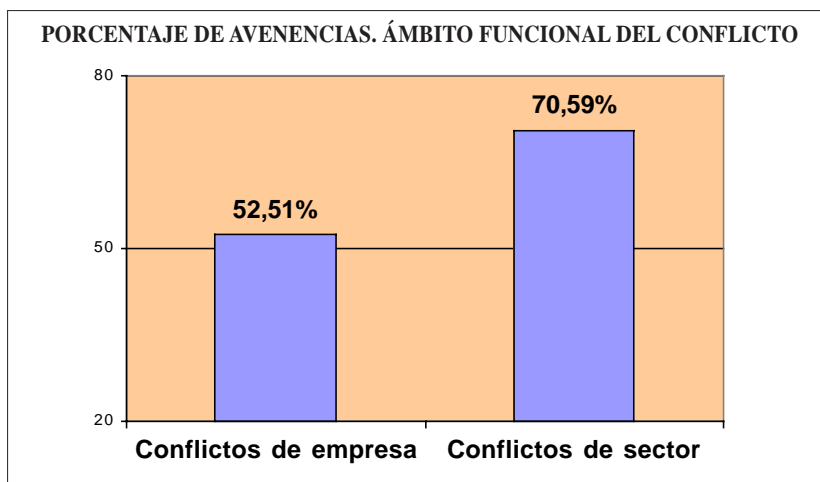
Este último año también ha significado tanto un importante bajón en el número de avenencias de Algeciras, como un ascenso estimable de las alcanzadas en Granada, Málaga y Sevilla.

Por otro lado, si efectuamos un análisis de los resultados atendiendo al ámbito territorial de los conflictos, se aprecia que el porcentaje más elevado de acuerdos corresponde a los conflictos provinciales.



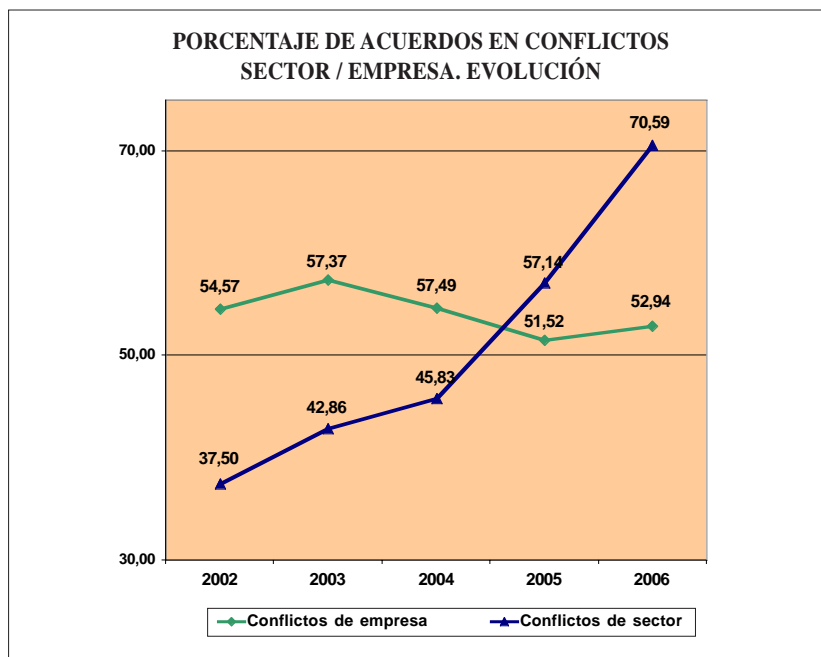
B. Resultados por ámbito funcional

Por primera vez desde 1999, en 2006 se alcanzaron en el SERCLA unos resultados notablemente mejores en la resolución de conflictos de sector que los cosechados al mediar en conflictos de empresa. A este respecto, conviene resaltar que finalizaron con acuerdo hasta un total de **24** de los **34** conflictos sectoriales tramitados por este sistema extrajudicial a lo largo del año, dato importante a la vista de la mayor afectación personal de los conflictos sectoriales respecto a los de empresa en el conjunto de los tramitados. En 2006 se alcanzaron en el conjunto de las diez sedes del SERCLA un total de **262** acuerdos al mediar en los **499** expedientes tramitados correspondientes a conflictos de empresa.



De entre los conflictos de sector en los que se alcanzó acuerdo en sede SERCLA en 2006 cabe destacar, debido a la elevada afectación personal de los mismos, los relativos a los siguientes sectores de actividad económica:

- Almería: Limpieza de Edificios y Locales.
- Cádiz: Industria Siderometalúrgica y Limpieza de Edificios y Locales.
- Córdoba: Actividades Agropecuarias y Distribuidores de Electricidad.
- Granada: Industria Siderometalúrgica, Industria de la Panadería y Residuos Sólidos Urbanos.
- Huelva: Comercio de Alimentación, Comercio General y Hostelería.
- Jaén: Construcción y Derivados del Cemento.
- Málaga: Automoción y Hospedaje.
- Sevilla: Ayuda a Domicilio, Industria Siderometalúrgica, Hostelería y Operadores Logísticos.
- Interprovincial: Universidades Públicas de Andalucía.

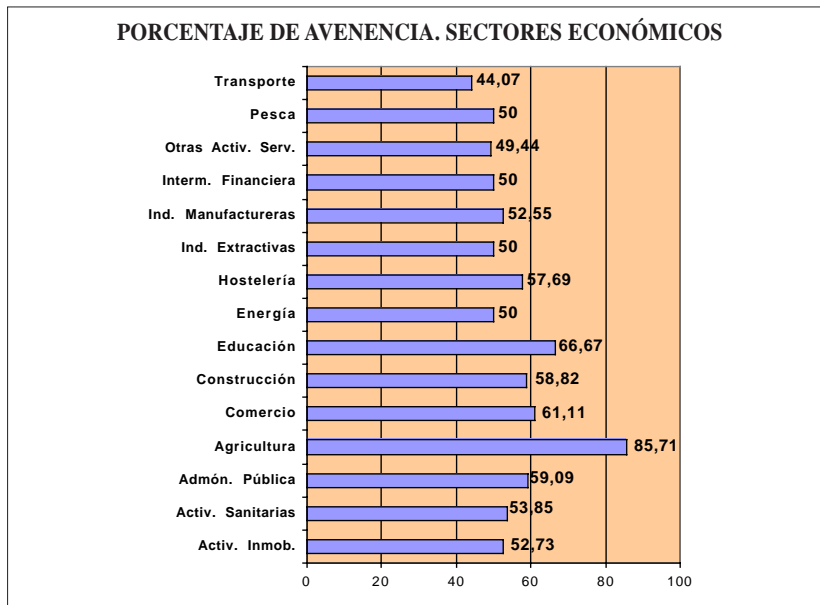


Al efectuar un análisis de la evolución de los resultados alcanzados en función del ámbito funcional de los conflictos, se aprecia que mientras en los conflictos de empresa el porcentaje de avenencias tiene una cierta estabilidad, sin embargo, la ratio de acuerdos logrados en la resolución de conflictos de sector mantiene una trayectoria de consecutivos crecimientos.

C. Resultados por sectores de actividad

De forma muy destacada, el porcentaje de avenencia más elevado se registra en los conflictos encuadrados en el sector de Agricultura (18 acuerdos en los 21 conflictos tramitados).

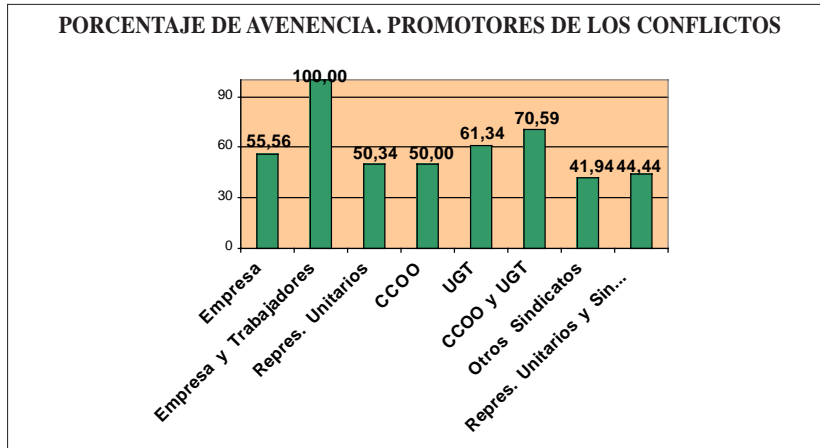
A continuación aparecen los incluidos en Educación (2 acuerdos en los 3 conflictos tramitados), Comercio (11 acuerdos en los 18 conflictos tramitados), Administración Pública (13 acuerdos en los 22 conflictos tramitados) y Construcción (10 acuerdos en los 17 conflictos tramitados).



Los porcentajes de acuerdo más bajos corresponden a conflictos incluidos en sectores tales como Transporte (26 acuerdos en los 59 conflictos tramitados) y Otras actividades servicios prestados a la comunidad (44 avenencias en los 89 conflictos tramitados).

D. Resultados por promotores

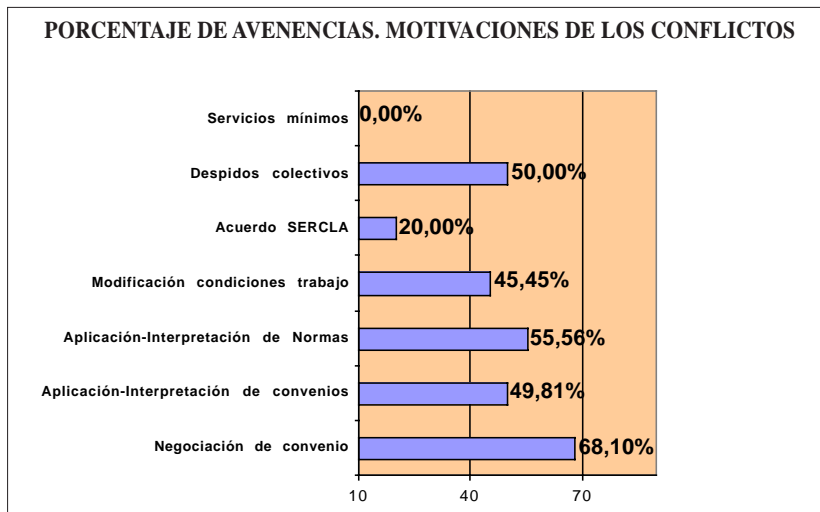
Si consideramos los diferentes promotores de los conflictos al desglosar los resultados registrados en 2006, resulta evidente que los porcentajes de avenencia más elevados corresponden a los conflictos promovidos conjuntamente por empresa y trabajadores (los 3 conflictos tramitados finalizaron con acuerdo), así como a los promovidos conjuntamente por UGT y CCOO (24 acuerdos en los 34 conflictos tramitados).



Los porcentajes de acuerdo más reducidos se observan en la resolución de los conflictos promovidos por Organizaciones sindicales distintas de las firmantes del Acuerdo constitutivo del SERCLA (13 acuerdos en los 31 conflictos tramitados).

E. Resultados por motivaciones

Al estudiar los resultados registrados considerándolos en atención a las diferentes motivaciones a que puede deberse la interposición de un conflicto, se aprecian diferencias en los índices de avenencia alcanzados.

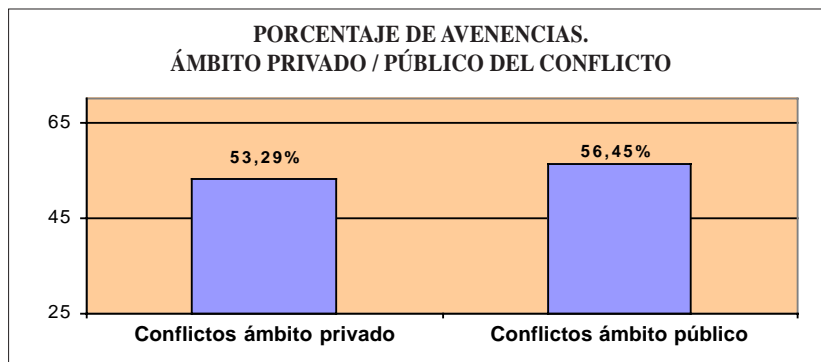


El porcentaje más alto corresponde a los conflictos cuyo motivo se refiere a la negociación de convenio (**79** acuerdos en los **116** conflictos tramitados). Los derivados de la aplicación e interpretación de normas también registran un índice de avenencias superior a la media (**50** acuerdos en los **90** conflictos tramitados).

Los que alcanzan una menor proporción de acuerdos son los conflictos debidos a la interpretación de planes de servicios mínimos (**0** acuerdos en **1** conflicto tramitado) y a la aplicación e interpretación de acuerdos firmados en sede SERCLA (**2** acuerdos en los **10** conflictos tramitados).

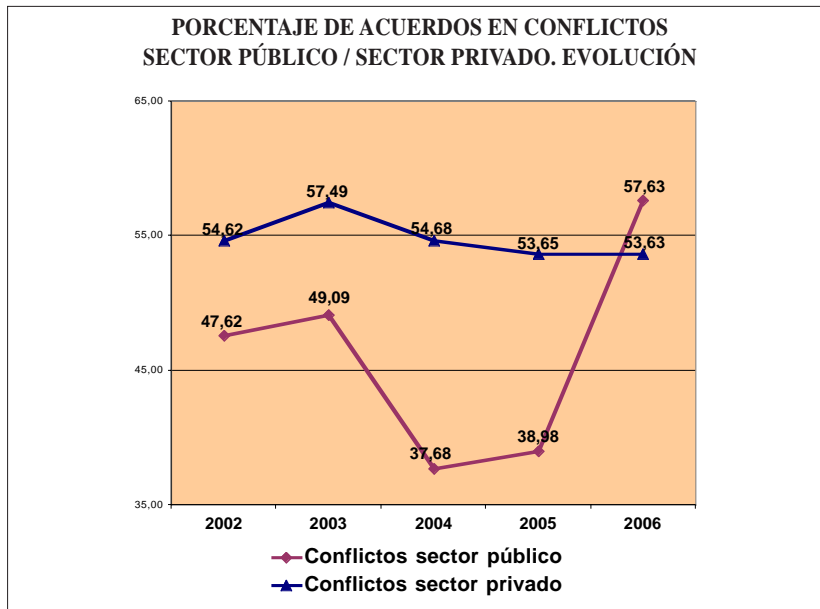
F. Resultados por ámbito privado/público

Al observar los resultados registrados en la resolución de los conflictos tramitados por el SERCLA en 2006 según estén encuadrados en el ámbito público o en el privado, se aprecia que, por primera vez en los ocho años de funcionamiento del Sistema, se obtienen mejores ratios de acuerdos en el ámbito público, en el cual se insertan **35** avenencias en el conjunto de los **62** conflictos tramitados. En el ámbito privado, se han logrado **251** acuerdos en un global de **471** conflictos tramitados.



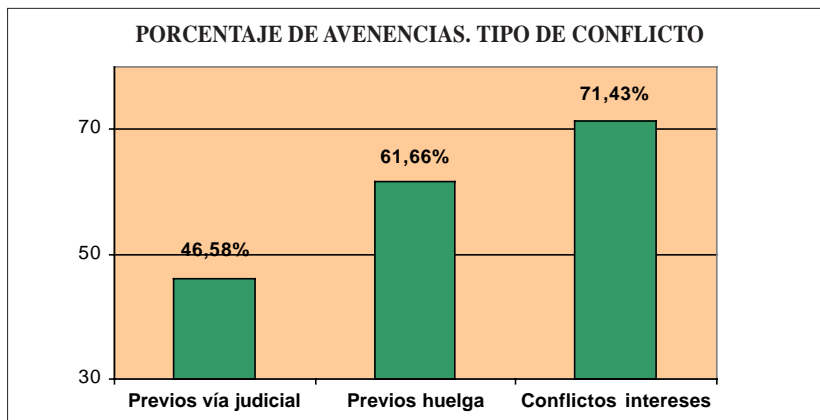
La anualidad 2006 supuso una espectacular subida del índice de avenencias logradas en la mediación de conflictos pertenecientes al sector público

Entre los acuerdos suscritos en SERCLA en 2006 poniendo fin a conflictos pertenecientes al sector público, cabe citar, a modo de ejemplo, a los que afectaron al Ayuntamiento de Almería, Diputación Provincial de Almería, Autoridad Portuaria Bahía de Algeciras, Agencia Andaluza del Agua, Egmasa, Diputación Provincial de Huelva, Gerencia Municipal de Urbanismo de Málaga, Diputación Provincial de Sevilla, Mercasevilla, Universidades Públicas de Andalucía.

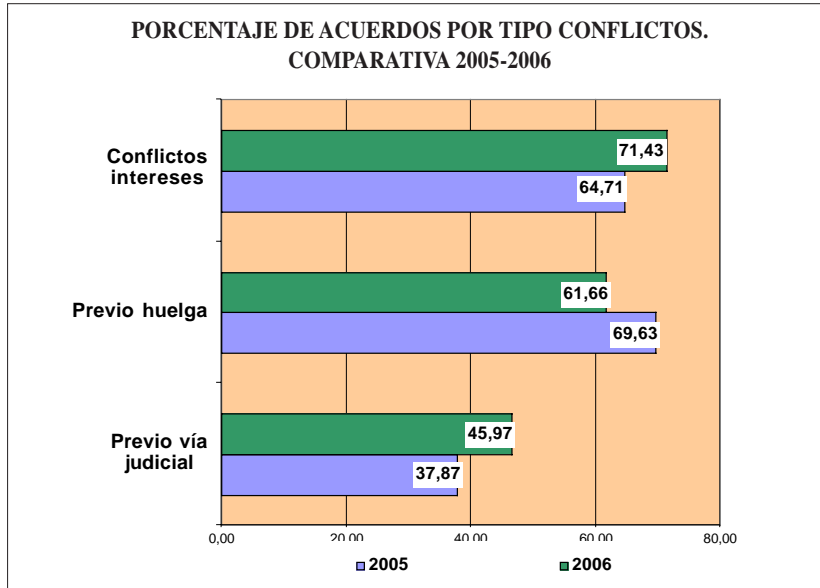


G. Resultados por modalidades procedimentales

Los resultados de 2006 ofrecen diferencias sustanciales en función del tipo de conflicto de que se trate, apreciándose que, como ocurriera en pasadas anualidades, resulta superior el porcentaje de acuerdos logrado en aquellos procedimientos que no constituyen una instancia previa al proceso judicial, tales como los conflictos previos a huelga y, sobre todo, los conflictos de intereses provocados por bloqueos de negociación.



En esta anualidad, se firmaron **137** acuerdos en los **298** conflictos previos a la vía judicial tramitados. Un total de **119** conflictos previos a huelga concluyeron con avenencia en el global de los **193** tramitados. Por último, de los **42** conflictos de intereses (procedimiento general) que tuvieron tramitación efectiva, **30** finalizaron con acuerdo.



Una circunstancia muy destacable de los resultados obtenidos por el SERCLA en 2006 radica en que en la resolución de conflictos jurídicos el índice de acuerdos crece notablemente respecto al año anterior, situándose la cifra que equivale a la ratio más elevada desde que el Sistema comenzó sus actuaciones.

Sin embargo, respecto al año anterior el porcentaje de avenencias en previos a huelga, aún manteniéndose en cotas muy elevadas, experimenta un estimable retroceso.

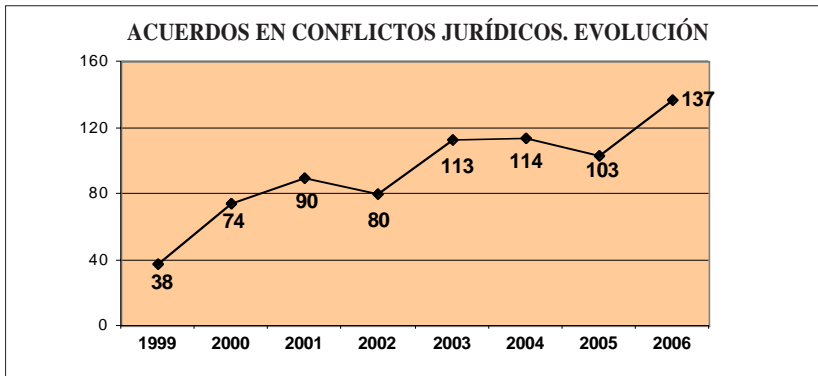
El SERCLA logró el porcentaje de avenencia más elevado al mediar en los denominados conflictos de intereses, contribuyendo así a superar situaciones de impasse en procesos de negociación.

G.1. *Resultados en conflictos jurídicos*

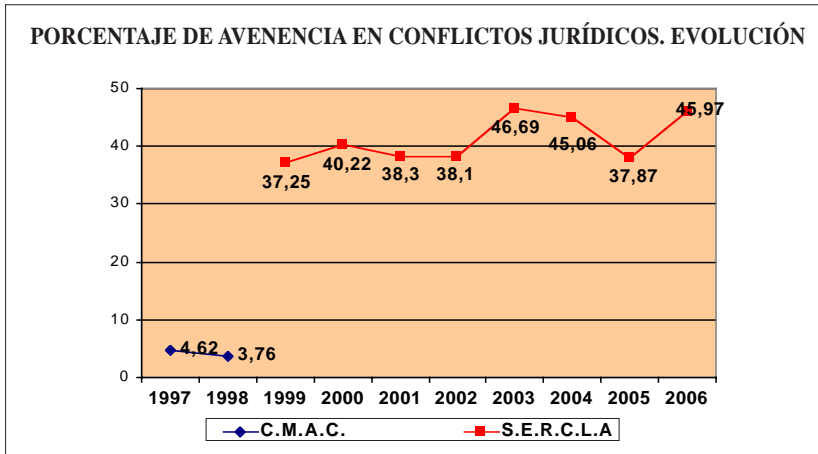
Con carácter previo a la valoración de los resultados derivados de la resolución de este tipo de conflictos, conviene tener presente que la sustancia-

ción de los mismos por el SERCLA se debe a que, en virtud del Acuerdo Interprofesional constitutivo, este Sistema Extrajudicial actúa con carácter preceptivo, al haber asumido la función del trámite preprocesal obligatorio previsto en el artículo 154 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Con anterioridad a su asunción por el SERCLA, este intento de conciliación era objeto de tramitación en el servicio administrativo correspondiente. En concreto, en Andalucía correspondía a los Centros de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CMAC), unidades administrativas incardinadas en la actualidad en la estructura orgánica de las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía.



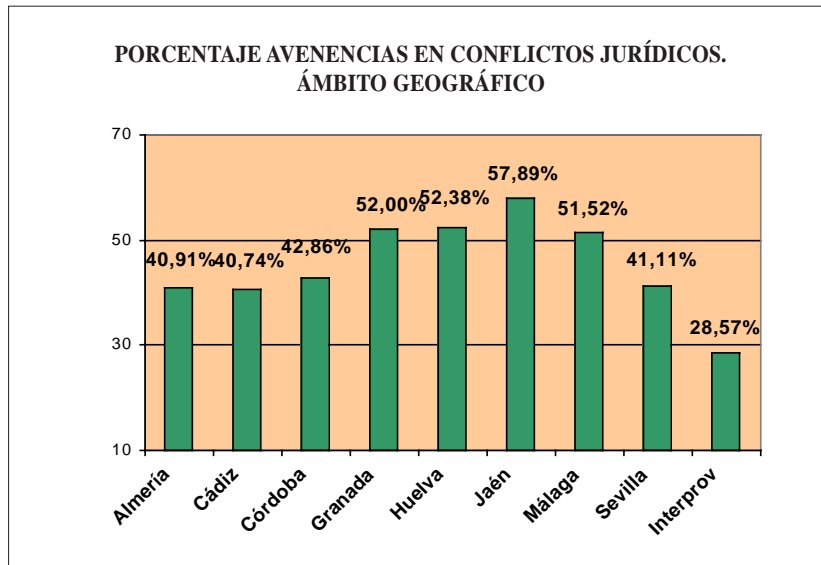
En el año 2006, el porcentaje de acuerdos alcanzado en sede SERCLA en la resolución de procedimientos previos a vía judicial alcanzó el **45,97%** de los conflictos tramitados, finalizando con acuerdo un total **137** expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a **4.144** empresas y a **35.853** trabajadores andaluces.



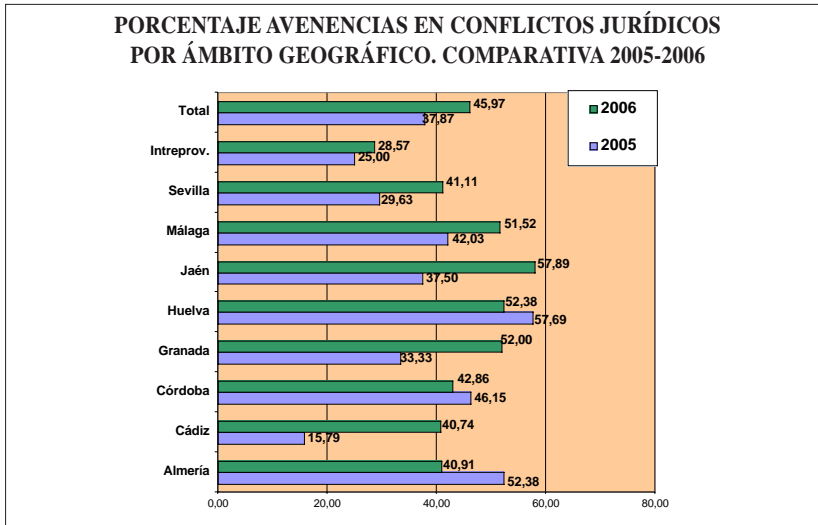
La ratio de avenencias alcanzadas en 2006 en la resolución de este tipo de procedimientos sigue quedando a enorme distancia de los porcentajes de acuerdos del anterior sistema conciliatorio administrativo gestionado por los Centros de Mediación Arbitraje y Conciliación. En este sentido, no podemos perder de vista la repercusión que pueden tener los resultados obtenidos en este Sistema Extrajudicial al intentar resolver conflictos de índole jurídica, ya que consecuencia lógica de los acuerdos previos sustanciados en el SERCLA debe ser la disminución de la conflictividad colectiva laboral en sede judicial en nuestra Comunidad Autónoma.

Entre los conflictos previos a vía judicial en los que se alcanzó acuerdo en 2006 cabe citar a modo de ejemplo debido a su importante afectación personal, los que se refirieron a sectores tales como Industrias Siderometa-lúrgicas de Granada y Automoción de Málaga.

En el ámbito empresarial, también debido a su elevada afectación, resulta necesario destacar los acuerdos alcanzados en conflictos relativos a Diputación Provincial de Sevilla, Gemaza y Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero.



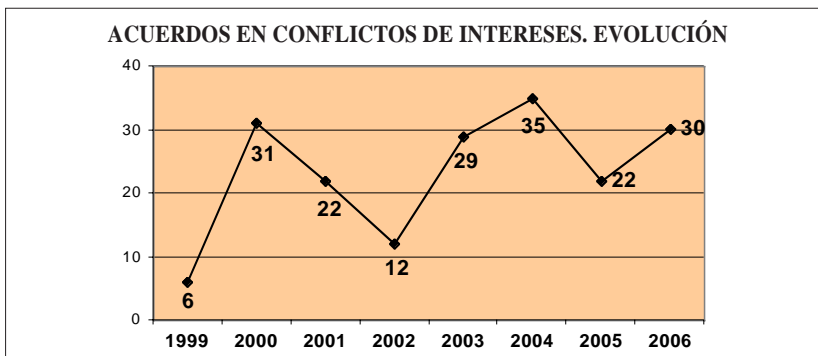
Al desglosar por provincias los resultados obtenidos en 2006 en la resolución de conflictos jurídicos, resalta el elevado porcentaje de avenencias registrado en Jaén.



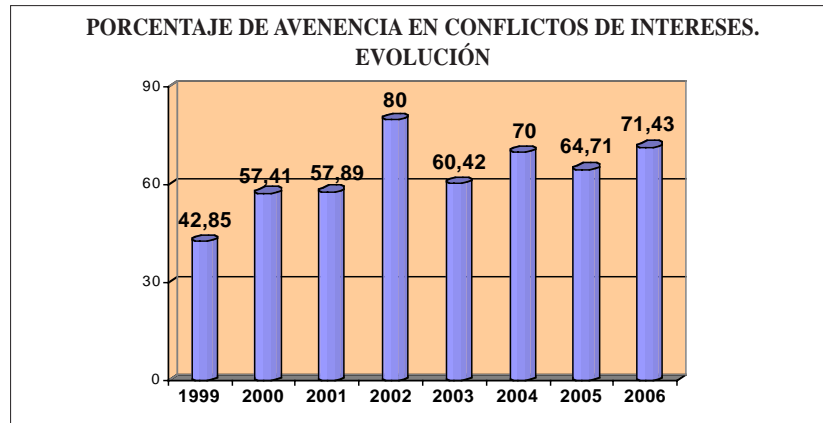
Si por lo que se refiere a los procedimientos previos a la vía judicial se procede a la comparación de los resultados obtenidos en 2006 en cada una de las provincias y respecto a los correspondientes a la anualidad anterior, se observan significativos incrementos en el porcentaje de acuerdos en la mayoría de las provincias.

G.2. Resultados en conflictos de negociación o intereses

En supuestos de conflictos de intereses, es decir, aquellos surgidos como consecuencia de procesos de negociación colectiva, los sujetos legitimados pueden acudir facultativamente al SERCLA, que desempeña el role de instancia en la que se intenta la superación de situaciones de impasse u obstrucción del proceso negociador.

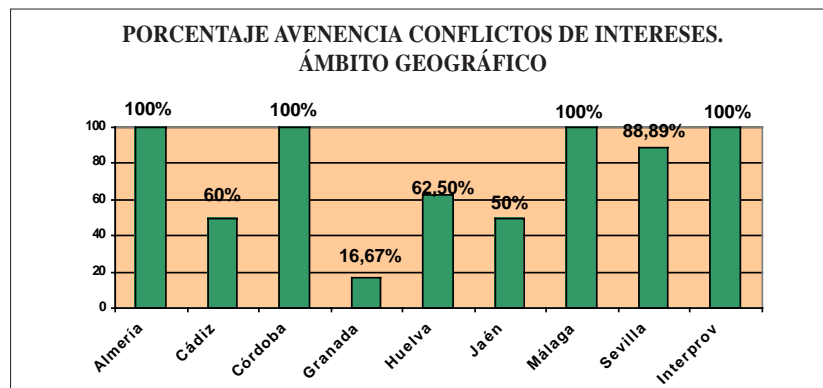


En la resolución de conflictos de intereses el porcentaje de acuerdos alcanzados en sede SERCLA en el año 2006 se sitúa en el **71,43%** de los tramitados, finalizando con acuerdo un total **30** expedientes, los cuales extienden su ámbito de aplicación a **22.986** empresas y **117.285** trabajadores andaluces.



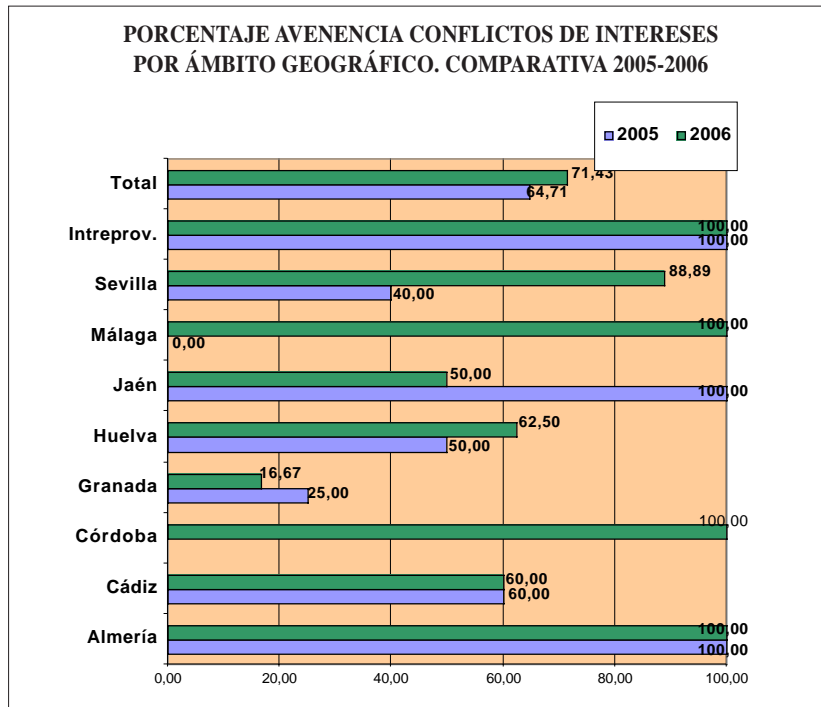
Al observar el porcentaje de avenencia alcanzado en estos seis años en la resolución de bloqueos de negociación colectiva, se aprecia que estamos ante un tipo de conflicto en el que el SERCLA resulta ser un instrumento muy útil. La intervención de este Sistema Extrajudicial en 2006, sirvió para que se logaran acuerdos superadores de situaciones de impasse en procesos negociadores que afectaron, por ejemplo, a empresas tales como Ertisa (Huelva), C.T.S.A. Portillo (Málaga), y Mercasevilla.

También a través de esta modalidad procedimental, la mediación del SERCLA ha propiciado la firma de convenios sectoriales tales como los de Limpieza de Edificios y Locales de Cádiz, Derivados del Cemento de Jaén y Ayuda a Domicilio de Sevilla.



Al comparar los resultados obtenidos en 2006 en cada provincia en la resolución de conflictos de intereses, sobresalen los extraordinarios porcentajes de acuerdos registrados en Almería, Córdoba y Málaga.

Si, dentro de esta modalidad procedimental, se procede a confrontar los resultados obtenidos en 2006 en cada una de las provincias con los correspondientes a la anualidad anterior llaman la atención los ascensos de los porcentajes de avenencias de Córdoba y Sevilla.



G.3. Resultados en conflictos previos a huelga

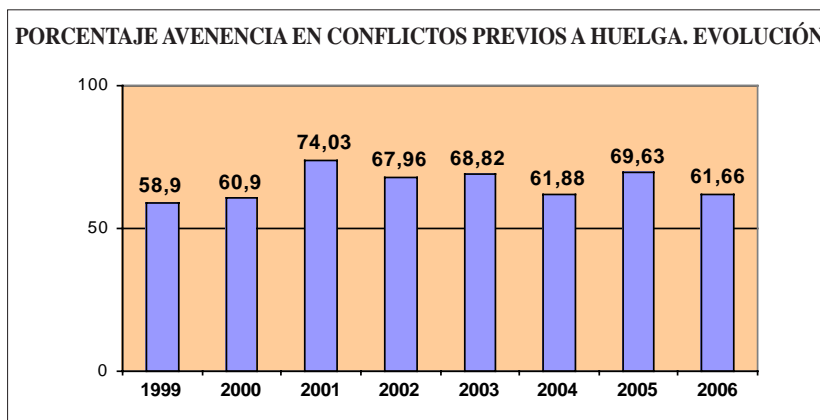
Con anterioridad al análisis de los resultados debemos recordar que estamos ante un procedimiento cuyo objeto es constituir un cauce de diálogo previo al inicio de una huelga que en caso de culminar en acuerdo permite evitar la misma y las consecuencias que para todos conlleva. Este procedimiento es obligatorio con carácter previo a la convocatoria de huelga para los firmantes del Acuerdo Interprofesional constitutivo del SERCLA, siempre que ellos sean los sujetos convocantes. El recurso a este procedimiento por parte de los demás sujetos colectivos de la Comunidad Autónoma tiene carácter voluntario.

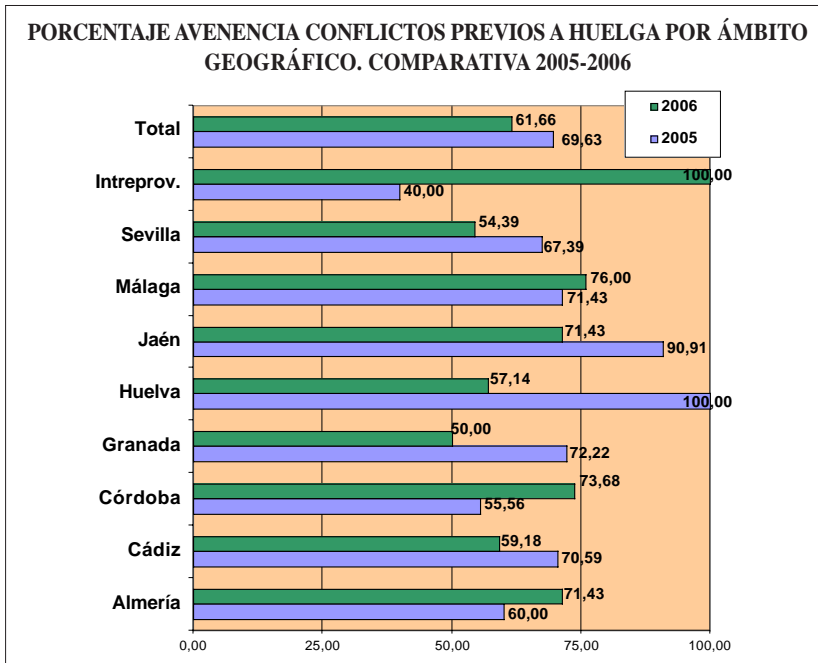
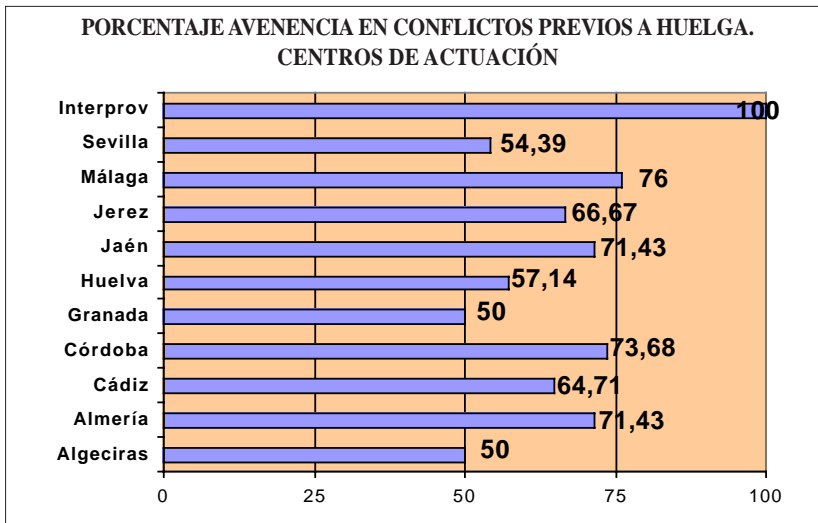
El porcentaje de acuerdos alcanzado en SERCLA en el año 2006 en la resolución de los conflictos previos a huelga se situó en el **61,66%** de los expedientes tramitados, finalizando con avenencia un total de **119**.

Al propiciar la actuación mediadora del SERCLA que estas huelgas **119** fueran evitadas, las horas de trabajo recuperadas en 2006 alcanzaron la cifra de **3.663.592**, lo que supuso un **60%** más que las recuperadas el año anterior.



Al examinar la evolución del porcentaje de avenencia alcanzado en la evitación de huelgas se aprecia que el SERCLA mantiene un muy elevado nivel de eficacia, consolidándose de este modo la solución consensuada fruto del diálogo y el acercamiento de sus protagonistas, contribuyendo de este modo al fomento de la paz social en Andalucía.





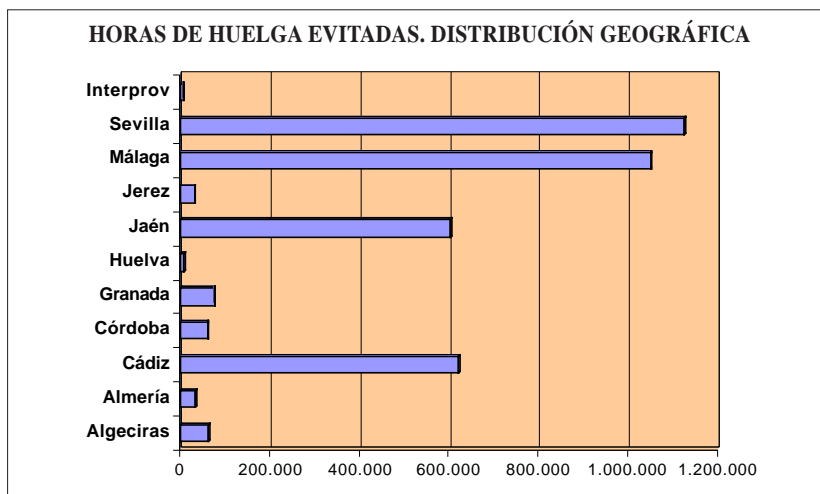
En este apartado conviene destacar un conjunto de acuerdos rubricados en sede SERCLA en 2006. Y ello debido a que, habiéndose logrado tales avenencias al resolver diferentes conflictos de sector, las mismas impli-

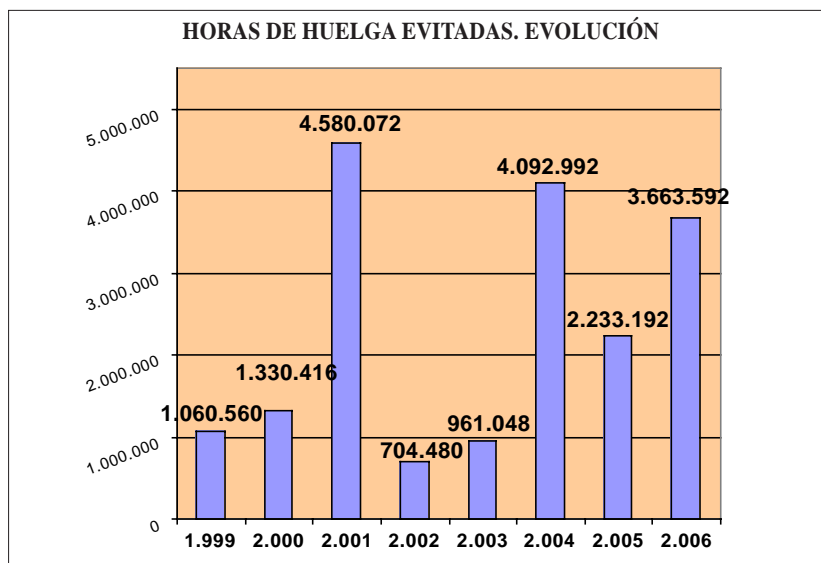
caron el que no se llevaran a cabo las respectivas huelgas, propiciándose además la firma de los correspondientes convenios provinciales del sector:

- Limpieza de Edificios y Locales tanto de Almería como de Sevilla.
- Industria Siderometalúrgica tanto de Cádiz como de Sevilla.
- Hospedaje de Málaga y Hostelería de Sevilla.
- Operadores Logísticos de Sevilla.
- Ayuda a Domicilio de Sevilla.

Sede SERCLA	Huelgas evitadas	Horas de trabajo recuperadas
Algeciras	10	60.864
Almería	5	33.160
Cádiz	11	620.480
Córdoba	14	59.704
Granada	10	73.560
Huelva	4	6.064
Jaén	5	601.936
Jerez	8	29.896
Málaga	19	1.048.544
Sevilla	33	1.129.384

La cifra global de **3.663.592** de horas de trabajo recuperadas en 2006, como consecuencia de la mediación del SERCLA tendente a evitar huelgas, se concentra fundamentalmente en Cádiz, Jaén, Málaga y Sevilla.





En su conjunto los resultados obtenidos por el SERCLA bajo esta modalidad procedimental en sus ocho años de funcionamiento, suponen **895** acuerdos que han permitido evitar la pérdida de casi **19** millones de horas de trabajo, en concreto un total de **18.628.392**.

SERCLA 1999-2006. Huelgas evitadas				
Ámbito	N.º	Empresas	Trabajadores	Horas de trabajo recuperadas
Andalucía	895	83.714	672.376	18.628.392



5

Reseña de Legislación







Comentario de Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía (abril-junio 2007)

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO *

DECRETO 58/2007, de 6 de marzo, por el que se modifica el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido

La aprobación del Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido perseguía el objetivo de agrupar en un texto único la totalidad de las medidas económicas de fomento de la contratación indefinida vigentes, sufragadas con fondos pertenecientes a los presupuestos de la administración autonómica andaluza. La unificación normativa de la regulación de los incentivos autonómicos a la contratación indefinida incrementa la coherencia de las medidas de fomento y la claridad en su aplicación, esfuerzo normativo que merece siempre una valoración positiva pues evita los efectos perniciosos derivados de toda situación de dispersión normativa. Similares finalidades inspiran la modificación de dicha norma, que ahora pretende incluir en dicho texto normativo algunas medidas relacionadas con determinados colectivos o centros de trabajo especiales que hasta la fecha permanecían al margen de la norma unificadora. En concreto se adiciona un nuevo capítulo al Decreto 149/2005, que contiene los incentivos para las personas con discapacidad (arts. 19 a 21) y los incentivos a los centros especiales de empleo (arts 22 a 27).

A pesar de lo dicho, y aunque el objetivo principal de la reforma es el más arriba comentado, el legislador andaluz aprovecha la ocasión para introducir algunas modificaciones de carácter general que la práctica aplicativa durante los dos años de vigencia de la norma de 2005 parecían aconsejar, y que afecta limitadamente a los artículos 4, 5, 7, 8, 10, 12 y 18 del Decreto 149/2005.

Por lo que respecta a los incentivos dirigidos a la contratación de personas con discapacidad, la norma prevé dos tipos: incentivos a las contrataciones in-

* Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide.

definidas y a las transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos; e incentivos a la adaptación de puestos de trabajo para estas personas. En el primer caso, el art. 20 dispone la concesión de diversas cantidades para las entidades empleadoras, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras que conforman su plantilla, que formalicen un contrato indefinido con una persona con discapacidad, con un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Los incentivos alcanzan la cifra de 4750 o 3907 euros, en función de que se trate de una nueva contratación indefinida de una persona desempleada o de la transformación en indefinido de un contrato temporal preexistente. Cuando la contratación se realice a tiempo parcial o en supuestos de contrato fijo discontinuo la cuantía de los incentivos se reducirá proporcionalmente. En cualquier caso, los incentivos no podrán exceder del 60% de los costes salariales durante el período de un año siguiente a la contratación; por su parte, salvo en los supuestos de despido procedente, el empleador se compromete a mantener dichas contrataciones durante un periodo mínimo de cuatro años.

Por otro lado, el art. 21 dispone incentivos para la adaptación de puestos de trabajo vinculados a la formalización de un contrato de trabajo indefinido con personas con discapacidad. La solicitud de tales ayudas podrá realizarse por el empleador y, en caso de que éste no lo hiciera, por la propia persona contratada a favor de la empleadora. La ayuda tendrá una cuantía máxima de 901,52 euros por cada contratación indefinida formalizada. sin que en ningún caso el importe de la ayuda pueda superar el necesario para la adaptación del puesto de trabajo o para la dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales a la persona con discapacidad contratada, o para eliminar barreras u obstáculos de cualquier tipo que impidan o dificulten el trabajo de las citadas personas. La necesidad de adaptación o de medios especiales de protección personal deberá contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

El art. 22 establece diversos incentivos a favor de los Centros Especiales de Empleo, cuya percepción resulta compatible, con objeto de cubrir necesidades distintas:

- a) Incentivos para la adaptación de puestos de trabajo y la eliminación de barreras (art. 24).
- b) Incentivos para el reequilibrio financiero de centros especiales de empleo (art. 25).
- c) Incentivos para las unidades de apoyo a la actividad profesional (art. 26).
- d) Incentivos al establecimiento de enclaves laborales (art. 27).

La especial naturaleza de los Centros Especiales de Empleo aconseja que los incentivos reconocidos a estas entidades no queden sometidos al régimen de concurrencia competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni prelación entre las mismas, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias Administrativas y Financieras, en conexión con el párrafo c) del apartado 2 del artículo 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

ORDEN de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas

El incremento del volumen y la mejora de la calidad del empleo es contemplado como uno de los objetivos prioritarios del VI Acuerdo de Concertación Social en Andalucía. La administración andaluza se compromete a desarrollar políticas de empleo enmarcadas en la cultura de la calidad en el empleo. Fruto de dicho compromiso, la Orden ahora publicada pretende articular una serie de medidas de apoyo a proyectos generadores de empleo y a proyectos que fomenten la cultura de la calidad en el empleo y propicien nuevas dinámicas en el marco de las relaciones laborales y que, junto a ello, sitúen a cada persona en las mejores condiciones en el mercado de trabajo. En concreto, según establece su art. 1, el cumplimiento de los objetivos citados se materializará mediante la puesta en marcha de los siguientes Programas:

- a) Programa de mejora de la infraestructura, servicios y acciones especiales en materia de empleo en los territorios (Capítulo II).
- b) Programa para el fomento de la cultura de la calidad en el empleo y fomento de la empleabilidad de las personas que precisen adquirir experiencia laboral (Capítulo III).
- c) Programa de Talleres de oficios para jóvenes y mujeres (Capítulo IV).
- d) Programa de Escuelas de empleo en sectores productivos (Capítulo V).

Paralelamente, se establece un programa específico destinado a desarrollar proyectos de empleo con apoyo para personas con discapacidad que generen posibilidades reales de un empleo en el marco de la cultura de la calidad en el empleo y la consecuente inserción de estas personas en empresas del mercado ordinario de trabajo en similares condiciones al resto de los trabajadores que desempeñan labores equivalentes, medidas que se articularán en torno al denominado programa de proyectos integrales de fomento de empleo para personas con discapacidad (Capítulo VI).

En todos los supuestos, los proyectos desarrollados al amparo de estos programas deben cumplir con el requisito de la paridad, lo que implica que al menos el 50% de las personas contratadas por la entidad beneficiaria para su ejecución así como del alumnado serán mujeres, independientemente del sector productivo o actividad en el que se vaya a desarrollar, salvo que se acredite la imposibilidad del cumplimiento del citado porcentaje.

Las medidas incluidas en dichos programas se verán beneficiadas de la excepción contenida por el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, de conformidad con lo establecido por el artículo 22 y el apartado 7 del artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no siendo necesario establecer comparación entre solicitudes ni orden de prelación de los proyectos para la concesión de esta línea de ayudas. La aplicación de la mencionada excepción se justifica en la naturaleza social de la labor desarrollada por las entidades beneficiarias de las medidas reguladas en la disposición comentada, en tanto que impulsores de proyectos que fomentan el empleo y facilitan a las personas desempleadas experiencias pro-

fesionales que les permitan integrarse en el mundo laboral. La vocación social del proyecto determina la concreta situación de los posibles beneficiarios de las ayudas.

Junto a ello, las entidades promotoras de proyectos enmarcados dentro de los Programas contemplados por los Capítulos II y III de la Orden, en razón del interés social del incentivo, podrán beneficiarse de la excepción que prevé el apartado 2 del artículo 13 de la citada Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones así como de lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la también citada Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En el marco de lo dispuesto por los artículos 87 y 88 del Tratado de la Comunidad Europea, las ayudas a Ayuntamientos, Diputaciones u otras Entidades Locales (ya sean de ámbito superior o inferior al municipio), Organismos Autónomos de naturaleza administrativa, Entidades Públicas, Agencias, Instituciones, Consorcios y Asociaciones de carácter público cuando no ejerzan actividad económica objeto de ayuda, las Entidades Gestoras y Servicios de la Seguridad Social, las instituciones sin ánimo de lucro, y personas físicas que no ejerzan actividad económica, están excluidas del régimen de ayudas de Estado, por lo que las disposiciones contenidas en los citados artículos no son de aplicación a las ayudas para la realización de proyectos descritos en los Capítulos II, III y VI de la presente Orden por la propia naturaleza de las entidades promotoras de los mismos, así como proyectos descritos en los Capítulos IV y V cuando sean promovidos por las citadas entidades.

Por otro lado, las ayudas a proyectos descritos en los Capítulos IV y V de la Orden cuando estén promovidos por empresas, estarán sometidas a lo establecido en Reglamento (CE) núm. 68/2001, de la Comisión, de 12 de enero, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de formación, de conformidad con las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013 (DO C 54, 4.3.2006, p. 13), por la que Andalucía se encuentra entre las regiones que pueden optar a la ayuda durante todo el período 2007-2013 de conformidad con el artículo 87, apartado 3, letra a), del Tratado CE.

DECRETO 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración

El Estatuto de Autonomía para Andalucía establece, como objetivo básico de nuestra Comunidad Autónoma, la especial atención a las personas en situación de dependencia y considera principio rector en la orientación de las políticas públicas la especial protección de estas personas, con el objetivo de contribuir a la mejora de su calidad de vida. Asimismo, conforme dispone el artículo 24 del Estatuto de Autonomía, las personas en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la Ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, afronta uno de los principales retos de la política social, pues pretende atender las necesidades de aquellas personas que requieren apoyos para realizar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. Se trata de una Ley de aplicación progresiva, según el calendario que se establece en su disposición final primera, y que requerirá diversos desarrollos reglamentarios en el ámbito estatal, previa adopción de los correspondientes acuerdos en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, creado por la citada Ley como órgano de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que deviene esencial para la articulación del Sistema.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, a la que corresponde la competencia exclusiva en materia de servicios sociales (art. 61.1.a del Estatuto de Autonomía), debe asimismo aprobar su propia normativa para la puesta en funcionamiento del Sistema, una vez que el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia hay determinado los elementos esenciales comunes a toda la ciudadanía. Entre estos elementos resultan de especial importancia el establecimiento de las características comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de situación de dependencia, que tendrán carácter público, así como la fijación de los criterios básicos del procedimiento para el reconocimiento de esta situación y, en su caso, del derecho a las prestaciones del Sistema.

Acordados por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia los mencionados elementos, y aprobado el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha procedido a regular la composición y competencias de dichos órganos, así como el procedimiento en cuya virtud se realizará el reconocimiento de la situación de dependencia; norma ésta que sirve al objetivo de puesta en marcha del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En concreto, el Decreto en su Capítulo III aborda la regulación del procedimiento para el reconocimiento de las situaciones que dan derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, y en su Capítulo II determina la composición y funciones de los órganos competentes para su valoración en Andalucía.

El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se iniciará a instancia de las personas que cumplan los requisitos establecidos en la Ley 39/2006 y residan en Andalucía en el momento de realizar la solicitud, o de quienes ostenten la representación de estos. Las solicitudes se podrán presentar en los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Realizada la solicitud y, en su caso, completada la documentación los Servicios Sociales Comunitarios la remitirán al correspondiente órgano de valoración, que comunicará a la persona solicitante el día y hora en que los profesionales del citado órgano acudirán a su domicilio o lugar de residencia para efec-

tuar la valoración. Al objeto de determinar el grado y nivel de dependencia, se aplicará el baremo aprobado por Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, teniendo en cuenta el informe sobre la salud a que se refiere el artículo 7.3.a) del Decreto comentado y el informe sobre el entorno en el que viva aquella y, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas, sin perjuicio de lo cual y excepcionalmente, el órgano de valoración podrá solicitar los informes complementarios que considere convenientes.

El órgano de valoración elevará a la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales propuesta de resolución, conteniendo el dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los servicios y prestaciones que la persona pueda requerir.

Los órganos de valoración estarán formados por el personal definido en la correspondiente relación de puestos de trabajo, perteneciente a las áreas social o sanitaria, e integrado en la estructura administrativa de cada Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales. Conforme establece el art. 7 del Decreto, entre otras, serán funciones del órgano de valoración, las siguientes:

- a) Recabar el informe sobre la salud de la persona solicitante conforme al modelo que se establezca.
- b) Aplicar el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y la escala de valoración específica para los menores de tres años establecidos en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia.
- c) Establecer la correspondencia entre el resultado del baremo citado en el apartado anterior con la información relativa a las condiciones de salud.
- d) Formular ante la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales la propuesta de resolución sobre el grado y nivel de dependencia.
- e) Prestar asistencia técnica y asesoramiento en los procedimientos contenciosos en que sea parte la Administración de la Junta de Andalucía, en materia de valoración de la situación de dependencia y de su grado y nivel».

Comunicada la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia a los Servicios Sociales Comunitarios que hayan iniciado la tramitación del procedimiento, y siempre que la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia deba producirse en el año en que se hubiera dictado dicha resolución, conforme al calendario establecido en la disposición final primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, aquellos elaborarán la propuesta de Programa Individual de Atención correspondiente a la persona beneficiaria.

DECRETO 58/2007, de 6 de marzo, por el que se modifica el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación con carácter indefinido (BOJA núm. 75, de 17 de abril)

La entrada en vigor del Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los Incentivos a la contratación con carácter indefinido supuso reunir en un solo texto los incentivos a la contratación indefinida que la Administración de la Junta de Andalucía a través de la Consejería de Empleo concede a las entidades empleadoras radicadas en Andalucía, dotando de mayor claridad y coherencia a la regulación de dichos incentivos. Esta misma finalidad de claridad y coherencia, es la que inspira la aprobación del presente Decreto, con el que se reúnen en un solo texto normativo la regulación de los incentivos que para las personas con discapacidad existen actualmente, los incentivos a los centros especiales de empleo; para ello se ha adicionado un nuevo capítulo al Decreto 149/2005, de 14 de junio, consiguiendo por una parte seguir manteniendo la regulación de los incentivos a las contrataciones indefinidas en un solo cuerpo normativo y en segundo lugar tratar de evitar la dispersión que habría supuesto regular dichas ayudas en una norma diferente.

Dado que el objetivo perseguido por los incentivos establecidos en el presente Decreto a favor de los Centros Especiales de Empleo es asegurar un empleo remunerado a personas con discapacidad que tengan reconocida una minusvalía igual o superior al treinta y tres por ciento así como la prestación de servicios de ajuste personal y social que dichas personas trabajadoras requieran, dichos incentivos no pueden quedar sometidos a un régimen de concurrencia competitiva, no resultando necesario establecer comparación entre solicitudes ni prelación

entre las mismas, de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias Administrativas y Financieras, en conexión con el párrafo c) del apartado 2 del artículo 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Junto a ello, y teniendo en cuenta que los incentivos establecidos en la presente norma no exceden del 60% de los costes salariales durante el período de un año siguiente a la contratación y están vinculados a la realización de una contratación indefinida así como a un incremento neto del número de personas trabajadoras, les será de aplicación la exención de la obligación de notificar dichos incentivos a la creación de empleo a la Comisión Europea conforme al artículo 3.1 del Reglamento (CE) número 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L. 337/3, de 13 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a los incentivos estatales para el empleo.

Finalmente la presente norma regula otras ayudas colaterales a la de la contratación indefinida de personas con discapacidad, pero en cierta forma inherentes a las mismas como son los incentivos a la adaptación de los puestos de trabajo.

En cumplimiento del artículo 8.3.f) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, por la que se crea el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, el presente Decreto ha sido sometido al Consejo de Administración del referido organismo.

En su virtud, de conformidad con lo establecido en el apartado 3 del artículo 21 y en el apartado 6 del artículo 27 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta del Consejero de Empleo y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su sesión del día 6 de marzo de 2007.

dispongo

Artículo 1.º Modificación del Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los Incentivos a la contratación con carácter indefinido.—Uno. Modificación del artículo 2: Se añaden dos nuevos apartados al artículo 2 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, con la siguiente numeración y redacción:

- «5. Incentivos a la contratación para personas con discapacidad.
6. Incentivos para los centros especiales de empleo».

Dos. Modificación del artículo 4 del Decreto 149/2005, de 14 de junio.

1. Se modifica el párrafo b) apartado 1 del artículo 4 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, quedando el mismo redactado con el siguiente tenor literal:

«b) Jóvenes menores de 30 años, preferentemente en los siguientes sectores:

- Sector industrial.
- Sector servicios:
 - Servicios a las empresas.
 - Sector de las nuevas tecnologías.
 - Sector audiovisual.
 - Servicios de la vida diaria, prioritariamente de atención a la dependencia, en el concepto de los nuevos yacimientos de empleo, que se describen en el Anexo I del presente Decreto.
- Actividades culturales, medioambientales y logísticas».

2. Se añade un nuevo párrafo b.bis) del apartado 1 del artículo 4 del

Decreto 149/2005, de 14 de junio, con la siguiente redacción:

«b.bis) Personas que hayan participado en programas de fomento del empleo, inserción y formación de la Consejería de Empleo y así lo contemple su normativa específica.

Tres. Modificación del artículo 5 del Decreto 149/2005, de 14 de junio: Se modifica el primer párrafo del artículo 5 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, quedando el mismo redactado con el siguiente tenor literal:

«Se fomentará la estabilidad en el empleo de mujeres, jóvenes menores de 30 años, personas mayores de 45 años y personas pertenecientes a los colectivos vulnerables descritos en el apartado 1 del artículo 4 del presente Decreto, mediante incentivos a las nuevas contrataciones bajo la modalidad de fijos-discontinuos, cuando ésta esté prevista en el correspondiente convenio colectivo que les resulte de aplicación y sin que queden sometidos a las condiciones establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo siguiente».

Cuatro. Modificación del artículo 7 del Decreto 149/2005, de 14 de junio: Se añade un nuevo guión al párrafo a) del apartado 1 del artículo 7 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, con la siguiente redacción:

«— Personas que hayan participado en programas de fomento del empleo, inserción y formación de la Consejería de Empleo y así lo contemple su normativa específica.

Cinco. Modificación del artículo 8 del Decreto 149/2005, de 14 de junio.

1. Se modifican los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 8 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, quedando el mismo redactado con el siguiente tenor literal:

«a) Mujeres, preferentemente en los sectores de Hostelería, Construcción y Comercio.

b) Jóvenes menores de 30 años, preferentemente en los sectores de Hostelería, Construcción y Comercio».

2. Se introduce un nuevo párrafo e) al apartado 1 del artículo 8 del Decreto 149/2005, de 14 de junio con la siguiente redacción:

«e) Personas que hayan participado en programas de fomento del empleo, inserción y formación de la Consejería de Empleo y así lo contemple su normativa específica».

Seis. Modificación del artículo 10 del Decreto 149/2005, de 14 de junio: Se añade un párrafo tercero al artículo 10 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, con el siguiente tenor literal:

«Excepcionalmente, y de conformidad con lo establecido en el Reglamento (CE) número 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L. 337/3, de 13 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a los incentivos estatales para el empleo, se establecerán incentivos a la contratación con carácter indefinido que podrán alcanzar hasta los 6.000 euros, para aquellas zonas no incluidas en áreas territoriales preferentes para actuaciones integrales de empleo, en las que concurran las siguientes condiciones:

a) Que se trate de nuevas zonas de actividad industrial o logístico.

b) Que necesite de medidas de fomento del empleo para el aumento de las contrataciones y de su estabilidad.

c) Que las empresas pertenezcan al sector industrial, logístico o de servicios de apoyo a los citados sectores.

d) Que el importe del incentivo no supere el 40% de los costes salariales durante un período de dos años inmediatamente anteriores a la concesión de las ayudas en las empresas de más de 250 personas trabajadoras, el 50% en las empresas de menos de 250 per-

sonas trabajadoras y más de 50, o el 60% cuando la empresa tenga menos de 50 personas trabajadoras.

e) Que el empleo creado represente un incremento neto del número de personas trabajadoras en comparación con la media de los 12 meses anteriores y se mantenga durante un período mínimo de cuatro años.

f) Que las personas trabajadoras contratadas provengan de una situación de desempleo. Siete. Modificación del artículo 12 del Decreto 149/2005, de 14 de junio: Se añade un nuevo apartado al artículo 12 del Decreto 149/2005 de 14 de junio con la siguiente numeración y redacción:

«4. Las exclusiones previstas en los párrafos c) y d) del apartado anterior, no serán de aplicación en los supuestos de incentivos a la transformación de contratos de duración determinada en indefinida realizada por los centros especiales de empleo así como a las contrataciones que se realicen en los enclaves laborales».

Ocho. Modificación del artículo 18 del Decreto 149/2005, de 14 de junio: Se modifica el párrafo segundo del artículo 18 del Decreto 149/2005, de 14 de junio, quedando el mismo redactado con el siguiente tenor literal:

«El plazo máximo para resolver y notificar a las entidades empleadoras solicitantes será de tres meses, contados desde el día siguiente a aquel en el que las solicitudes hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado resolución expresa, las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo».

Art. 2.º *Introducción de un nuevo capítulo en el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los Incentivos a la contratación con carácter indefinido.*—Se introduce un nuevo

Capítulo VII en el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regirán todos los incentivos a la contratación de personas con discapacidad contenidos en el presente Decreto, con la siguiente numeración, denominación, estructura y articulado, y quedando estos plenamente sometidos a las Disposiciones generales y normas comunes establecidas en el mismo:

CAPÍTULO VII

Incentivos a la contratación de personas con discapacidad

Sección 1.^a

Incentivos a empresas ordinarias

Art. 19. *Tipos de incentivos.*—De conformidad con lo establecido en el Reglamento (CE) número 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L. 337/3, de 13 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a los incentivos estatales para el empleo, se podrán conceder ayudas a las entidades empleadoras en relación con la contratación de personas con discapacidad de acuerdo con las siguientes modalidades que serán compatibles entre sí:

a) Incentivos a las contrataciones indefinidas y a las transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos.

b) Incentivos a la adaptación de puestos de trabajo.

Art. 20. *Incentivos a la contratación indefinida y a la transformación de contratos de duración determinada en indefinidos.*—1. Las entidades empleadoras, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras que conforman su plantilla, cuando formalicen un contrato indefinido con una persona con discapacidad, con un grado de minus-

valía igual o superior al 33%, podrán obtener los siguientes incentivos:

a) Si se trata de una nueva contratación indefinida de persona desempleada, podrá concederse un incentivo en cuantía de 4.750 euros por cada nuevo contrato.

b) Si se trata de la transformación de un contrato de duración determinada en indefinido, podrá concederse un incentivo en cuantía de 3.907 euros por cada contrato que se transforme.

c) Cuando las contrataciones a que se refieren los párrafos anteriores se realicen a tiempo parcial, el importe del incentivo se reducirá proporcionalmente, tomando como base la cuantía de 4.750 euros si se trata de una contratación indefinida con persona desempleada o de 3.907 euros si se trata de una transformación de contrato de duración determinada en indefinido.

d) Cuando la modalidad de contratación indefinida sea la de fijos discontinuos, igualmente el importe del incentivo se calculará en proporción al puesto de trabajo equivalente a tiempo completo y tomando como base la cuantía de 4.750 euros si se trata de una contratación indefinida con persona desempleada o de 3.907 euros si se trata de una transformación de contratos de duración determinada en indefinidos.

2. En cualquier caso las ayudas previstas en este artículo deberán cumplir con las siguientes condiciones:

a) No podrán exceder del 60% de los costes salariales durante el período de un año siguiente a la contratación.

b) Los puestos de trabajo creados, salvo en los supuestos de despido procedente, estarán vinculados a la realización de una contratación con una duración mínima de cuatro años.

Art. 21. *Incentivos a la adaptación de puesto de trabajo.*—1. Las entidades empleadoras que formalicen un

contrato indefinido con personas con discapacidad podrán solicitar, además de las ayudas establecidas en el artículo 20 de este Decreto, las destinadas a la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de equipos de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales a la persona con discapacidad contratada, o para eliminar barreras u obstáculos de cualquier tipo que impidan o dificulten el trabajo de las citadas personas. La necesidad de adaptación o de medios especiales de protección personal deberá contar con el informe favorable de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2. Si la entidad empleadora no solicitase la ayuda, podrá hacerlo la propia persona contratada, a favor de la empresa.

3. La ayuda tendrá una cuantía máxima de 901,52 euros por cada contratación indefinida formalizada sin que en ningún caso el importe de la ayuda pueda superar el necesario para la adaptación del puesto de trabajo.

Sección 2.^a

Incentivos para los centros especiales de empleo

Art. 22. *Tipo de incentivos.*—

Para los centros especiales de empleo, conforme al Reglamento (CE) número 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L. 337/3, de 13 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE se establecen los siguientes incentivos que serán compatibles entre sí:

a) Incentivos a la creación de empleo indefinido y al mantenimiento de los puestos de trabajo ya creados.

b) Incentivos para la adaptación de puestos de trabajo y la eliminación de barreras.

c) Incentivos para el reequilibrio financiero de centros especiales de empleo.

d) Incentivos para las unidades de apoyo a la actividad profesional.

e) Incentivos al establecimiento de enclaves laborales.

Art. 23. *Incentivos a la creación de empleo indefinido y al mantenimiento de los puestos de trabajo ya creados.*—

1. Las nuevas contrataciones con carácter indefinido así como las transformaciones de contrato de duración determinada en indefinidos que se realicen en los centros especiales de empleo, y beneficien a personas trabajadoras con discapacidad, se incentivarán con una cuantía que podrá alcanzar, hasta 12.021 euros; cuando las nuevas contrataciones o transformaciones, se efectúen a tiempo parcial el incentivo se reducirá proporcionalmente a la jornada.

2. El incentivo al que se refiere el apartado anterior será concedido una sola vez por cada puesto de trabajo de carácter indefinido que se cree, salvo en aquellos casos en que la persona con discapacidad que ocupe el nuevo puesto de trabajo indefinido pase a desarrollar su actividad en un enclave laboral en una empresa no calificada como centro especial de empleo.

3. Igualmente se incentivará el mantenimiento de puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad en los centros especiales de empleo sean los contratos de trabajo a tiempo completo o parcial, así como indefinidos o de duración determinada. El incentivo podrá alcanzar una cuantía equivalente, de hasta el 50% del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de presentación de la solicitud. Los incentivos aquí contemplados no son excluyentes de los establecidos en el número anterior si recayeran en el mismo contrato.

Art. 24. Incentivos para la adaptación de puestos de trabajo y la eliminación de barreras.—1. Los centros especiales de empleo podrán solicitar ayudas, que serán compatibles, con las establecidas en el artículo 23 de este Decreto, destinadas a la eliminación de barreras arquitectónicas o a la adaptación de los puestos de trabajo que con carácter indefinido estén ocupados por personas con discapacidad.

2. La cuantía del incentivo podrá alcanzar hasta un máximo del 80% del coste de la inversión para el supuesto de eliminación de barreras arquitectónicas y de 1.804 euros en el supuesto de adaptación de puestos de trabajo, sin que en ningún caso el importe de la ayuda pueda superar el necesario para la adaptación del puesto de trabajo.

Art. 25. Incentivos para el reequilibrio financiero de centros especiales de empleo.—1. Podrán concederse a los centros especiales de empleo ayudas destinadas a equilibrar y reestructurar financieramente los mismos con el objetivo de garantizar su viabilidad y estabilidad, con las condiciones y requisitos que establezcan las disposiciones que se dicten en desarrollo del presente Decreto.

2. A estas ayudas les será de aplicación lo establecido en el artículo 2 del Reglamento (CE) número 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre, respecto a norma de «mínimis», o aquel que lo modifique o sustituya, y así deberá constar en la descripción de las actuaciones a efectos de seguimiento y control.

Art. 26. Incentivos para las unidades de apoyo a la actividad profesional.—Los centros especiales de empleo que, en el marco de los servicios de ajuste personal y social a que se refiere el artículo 42 de la Ley 13/1982

, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, cuenten con unidades de apoyo a la actividad profesional, podrán beneficiarse de ayudas que financiarán los costes laborales y de seguridad social derivados de la contratación indefinida de las personas trabajadoras integrantes de las mencionadas unidades de apoyo de hasta un máximo de 1.200 euros anuales por cada persona trabajadora con discapacidad, sin que en ningún caso el importe de la ayuda pueda superar el necesario para compensar los gastos derivados de la unidad de apoyo, de conformidad con las condiciones y los requisitos que establezcan las disposiciones que se dicten en desarrollo del presente Decreto en función del tipo de discapacidad y grado de la misma, de las modalidades contractuales utilizadas así como número de personas trabajadoras discapacitadas que conforman la plantilla.

Art. 27. Incentivos al establecimiento de enclaves laborales.—1. Los enclaves laborales se crean mediante contratos entre una empresa llamada empresa colaboradora y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquella y para cuya realización un grupo de personas trabajadoras del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.

En cualquier caso el enclave estará formado por personas trabajadoras con discapacidad del Centro Especial de Empleo, que serán seleccionados por éste, de acuerdo con lo siguiente:

a) El 60%, como mínimo, de las personas trabajadoras del enclave laboral deberá presentar especiales dificultades para el acceso al mercado de trabajo, considerándose a tales efectos

personas trabajadoras con discapacidad: las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%; las personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%; las mujeres con discapacidad no incluidas en los colectivos anteriores con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%.

b) Las restantes personas trabajadoras del enclave laboral deberán tener un grado de minusvalía reconocida igual o superior al 33%.

c) El 75% de los trabajadores del enclave laboral, como mínimo, ha de tener una antigüedad mínima de tres meses en el Centro Especial de Empleo.

2. Son objetivos de los enclaves laborales:

a) Favorecer el tránsito de las personas con discapacidad desde los centros especiales de empleo a empresas que no ostenten tal carácter.

b) Permitir a las personas con discapacidad trabajadoras de un centro especial de empleo desarrollar su actividad laboral en una empresa que no esté calificada como tal y conseguir que dicha empresa tenga un mejor conocimiento de la capacidad y de las aptitudes reales de esas personas y, en consecuencia facilitarles el acceso al mercado laboral.

c) Posibilitar el crecimiento de las actividades de los centros especiales de empleo así como la contratación de nuevas personas con discapacidad, favoreciendo el empleo estable de las mismas.

d) Facilitar a las empresas el cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva legal del dos por ciento de personas con discapacidad trabajadoras.

3. De conformidad con lo establecido en el Reglamento (CE) número 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L. 337/3, de 13 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE, las empresas colaboradoras que en cualquier momento contraten con carácter indefinido a personas trabajadoras del enclave laboral tendrán derecho a los siguientes incentivos:

a) Ayuda de hasta 7.814 euros por cada contrato a tiempo completo, o la parte proporcional si el contrato es a tiempo parcial. El importe concreto del incentivo quedará determinado por los tramos que establezcan las disposiciones que se dicten en desarrollo del presente Decreto en función del tipo de discapacidad y grado de minusvalía de la persona trabajadora contratada por la empresa colaboradora.

b) Ayudas por adaptación de puestos de trabajo y eliminación de barreras arquitectónicas de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 del presente Decreto.

Disposición adicional primera.

Extensión del régimen de la adaptación de puestos.—Lo dispuesto en el artículo 21 será aplicable igualmente a los supuestos establecidos en la Disposición Adicional segunda del Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, por el que se regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de trabajadores minusválidos.

Disposición adicional segunda.

Adecuación a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.—A los efectos de su aplicación respecto de los incentivos tanto a la contratación de personas con discapa-

cidad en empresas ordinarias, como a la creación de empleo indefinido y al mantenimiento de los puestos de trabajo ya creados en Centros Especiales de Empleo, las personas que reúnan el requisito de tener reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, y las personas pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de retiro por incapacidad permanente para el servicio, siempre que se encuentren en edad laboral, se considerarán afectados por una discapacidad en grado igual o superior al 33%.

Para aquellas solicitudes de incentivos en las que sea necesario acreditar un grado de minusvalía superior al 33%, bastará para acreditar tal extremo con la aportación de cualquiera de los documentos establecidos por el apartado 2 del artículo 2 del Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre.

Disposición adicional tercera.

Aplicación de los límites porcentuales establecidos en el apartado 3 del artículo 4 Reglamento (CE) número 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L. 337/3, de 13 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE.—Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4 del Reglamento CE 1976/2006 de la Comisión 20 de diciembre de 2006, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea L. 368/85 de 23 de diciembre de 2006, por el que se modifican los Reglamentos 2204/2002, 70/2001 y 68/2001 de la Comisión por lo que respecta a la prórroga de sus periodos de aplicación, a los incentivos previstos en los Capítulos II, III y IV del Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los incentivos a la contratación

con carácter indefinido, les serán de aplicación los porcentajes previstos en el apartado 3 del artículo 4 del Reglamento (CE) número 2204/2002 de la Comisión, de 12 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L. 337/3, de 13 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE.

Disposición transitoria primera.

Normas procedimentales y plazo extraordinario de presentación de solicitudes de incentivos a la contratación de personas con discapacidad en empresas ordinarias.—1. A los incentivos regulados en la Sección 1.^a del Capítulo VII del Decreto 149/2005, de 14 de junio, les será de aplicación lo establecido en la Orden de 21 de julio de 2005, con las cuantías, condiciones y requisitos recogidos en el presente Decreto.

2. Los incentivos regulados en la Sección 1.^a del Capítulo VII del Decreto 149/2005, de 14 de junio, serán de aplicación a todos los contratos de personas con discapacidad que hayan formalizado las entidades empleadoras desde la entrada en vigor del citado Decreto. Para los supuestos en los que no se hubiera presentado solicitud de ayuda al amparo de la Orden de 21 de julio de 2005, se abre excepcionalmente el plazo de un mes desde la entrada en vigor del presente Decreto para la presentación de dichas solicitudes. Si por el contrario se hubiera presentado solicitud de ayuda al amparo de la Orden de 21 de julio de 2005, no será necesaria la formalización de una nueva solicitud.

Disposición transitoria segunda. *Régimen transitorio de los incentivos para centros especiales de empleo.*—Hasta que las disposiciones establecidas en la Sección 2.^a del Capítulo VII del Decreto 149/2005, de 14 de

junio, no sean desarrolladas seguirán estando vigentes la Orden de 4 de octubre de 2002 de la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico y las modificaciones efectuadas por la Orden de la Consejería de Empleo de 9 de noviembre de 2005.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*—Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente Decreto y, en particular, todas las referencias que sobre incentivos a centros especiales de empleo contiene el Decreto 141/2002, de 7 de mayo, sobre incentivos programas y medidas de fomento a la creación de empleo y al autoempleo.

Disposición final primera. *Desarrollo y ejecución.*—Se autoriza al Consejero de Empleo para realizar cuantas actuaciones sean necesarias para el desarrollo del presente Decreto.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*—El presente Decreto, entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 6 de marzo de 2007

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

ORDEN de 11 de mayo de 2007, por la que se regulan los programas de fomento de la empleabilidad y la cultura de la calidad en el empleo y se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas públicas a dichos programas (BOJA núm. 104, de 28 de mayo)

El VI Acuerdo de Concertación Social en Andalucía contempla la creación de más y mejor empleo como uno de sus objetivos prioritarios, para lo que resulta imprescindible desarrollar políticas de empleo enmarcadas en la cultura de la calidad en el empleo. Para ello, mediante la presente Orden se articulan una serie de medidas destinadas al apoyo a proyectos generadores de empleo y a proyectos que fomenten la cultura de la calidad en el empleo y propicien nuevas dinámicas en el marco de las relaciones laborales y que, junto a ello, sitúen a cada persona en las mejores condiciones en el mercado de trabajo.

Asimismo, en su articulado se regula un programa destinado a desarrollar proyectos de empleo con apoyo para personas con discapacidad que generen posibilidades reales de un

empleo en el marco de la cultura de la calidad en el empleo y la consecuente inserción de estas personas en empresas del mercado ordinario de trabajo en similares condiciones al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.

En el tratamiento de esta materia, hemos de tener en cuenta la labor social de las entidades beneficiarias en tanto que impulsores de proyectos que fomentan el empleo y facilitan a las personas desempleadas experiencias profesionales que les permitan integrarse en el mundo laboral. La vocación social del proyecto determina la concreta situación de los posibles beneficiarios de las ayudas. Ello nos lleva a aplicar la excepción contenida por el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medi-

das Tributarias, Administrativas y Financieras, de conformidad con lo establecido por el artículo 22 y el apartado 7 del artículo 30 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, al resultar imposible establecer comparación entre solicitudes ni orden de prelación de los proyectos para la concesión de esta línea de ayudas.

Junto a ello, las entidades promotoras de proyectos enmarcados dentro de los Programas contemplados por los Capítulos II y III de la presente Orden, en razón del interés social del incentivo, podrán beneficiarse de la excepción que prevé el apartado 2 del artículo 13 de la citada Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones así como de lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la también citada Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

En el marco de lo dispuesto por los artículos 87 y 88 del Tratado de la Comunidad Europea, las ayudas a Ayuntamientos, Diputaciones u otras Entidades Locales (ya sean de ámbito superior o inferior al municipio), Organismos Autónomos de naturaleza administrativa, Entidades Públicas, Agencias, Instituciones, Consorcios y Asociaciones de carácter público cuando no ejerzan actividad económica objeto de ayuda, las Entidades Gestoras y Servicios de la Seguridad Social, las instituciones sin ánimo de lucro, y personas físicas que no ejerzan actividad económica, están excluidas del régimen de ayudas de Estado, por lo que las disposiciones contenidas en los citados artículos no son de aplicación a las ayudas para la realización de proyectos descritos en los Capítulos II, III y VI de la presente Orden por la propia naturaleza de las entidades promotoras de los mismos, así como proyec-

tos descritos en los Capítulos IV y V cuando sean promovidos por las citadas entidades.

Por otro lado, las ayudas a proyectos descritos en los Capítulos IV y V de la presente Orden cuando estén promovidos por empresas, estarán sometidas a lo establecido en Reglamento (CE) núm. 68/2001, de la Comisión, de 12 de enero, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de formación, de conformidad con las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013 (DO C 54, 4.3.2006, p. 13), por la que Andalucía se encuentra entre las regiones que pueden optar a la ayuda durante todo el período 2007-2013 de conformidad con el artículo 87, apartado 3, letra a), del Tratado CE.

En cumplimiento del artículo 8.3.f) de la Ley 4/2002, de 16 de diciembre, por la que se crea el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, la presente Orden ha sido sometido al Pleno del Consejo de Administración del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo en su sesión del día 1 de marzo de 2007.

En su virtud, y de acuerdo con las competencias atribuidas en la legislación vigente, a propuesta de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

dispongo

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º *Objeto.*—1. La presente Orden tiene por objeto establecer los programas para el fomento del empleo de calidad que desarrolla la Administración de la Junta de Andalucía a través del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo,

así como los procedimientos de concesión de las ayudas públicas que se destinen a éstos.

2. Para el cumplimiento del citado objetivo se establecen los siguientes Programas:

a) Programa de mejora de la infraestructura, servicios y acciones especiales en materia de empleo en los territorios.

b) Programa para el fomento de la cultura de la calidad en el empleo y fomento de la empleabilidad de las personas que precisen adquirir experiencia laboral.

c) Programa de Talleres de oficios para jóvenes y mujeres.

d) Programa de Escuelas de empleo en sectores productivos.

e) Programa de proyectos integrales de fomento de empleo para personas con discapacidad.

3. En cualquier caso, los proyectos que se desarrollen al amparo de los citados programas, implicarán que al menos el 50% de las personas contratadas por la entidad beneficiaria para su ejecución así como del alumnado serán mujeres, independientemente del sector productivo o actividad en el que se vaya a desarrollar, salvo que se acredite la imposibilidad del cumplimiento del citado porcentaje.

Art. 2.º Régimen de las ayudas.—La labor social de las entidades que se beneficiarán de las medidas contenidas por los Programas establecidos en la presente Orden, en tanto que impulsoras de proyectos que fomentan un empleo de calidad y facilitan a las personas desempleadas experiencias profesionales que les permite integrarse en el mundo laboral, determina que se aplique la excepción contenida por el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 31 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Ad-

ministrativas y Financieras, al resultar imposible establecer comparación entre solicitudes ni orden de prelación de los proyectos solicitantes para la concesión de esta línea de ayudas.

CAPÍTULO II

Programa de mejora de la infraestructura, servicios y acciones especiales en materia de empleo en los territorios

Art. 3.º Objeto.—El Programa establecido en el presente Capítulo tiene por finalidad incentivar proyectos de mejora de la infraestructura, servicios y acciones especiales en materia de empleo en los territorios en los que se ejecuten y que redunden en el fomento de políticas de empleo enmarcadas en la cultura de la calidad. Dichos proyectos estarán destinados a la consecución de los siguientes objetivos:

a) La creación de empleo mediante el desarrollo de proyectos para la mejora de infraestructuras y servicios en materia de empleo a desarrollar en zonas rurales, siempre que se encuentren cofinanciados por el Programa de Fomento del Empleo Agrario.

b) La realización de servicios que redunden en la generación de empleo en los municipios en los que se desarrollen.

c) La realización de acciones especiales para el empleo en zonas donde existan personas pertenecientes a los colectivos descritos en el apartado 3 del artículo 4 de la presente Orden que precisen de actuaciones específicas que posibiliten la consolidación del empleo en su territorio.

Art. 4.º Entidades promotoras beneficiarias.—1. Los proyectos de mejora de la infraestructura, servicios y acciones especiales en materia de empleo podrán ser promovidos, en el ámbito territorial de la Comunidad Au-

tónoma de Andalucía, por Ayuntamientos, Diputaciones y Mancomunidades de municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Las entidades beneficiarias formalizarán las contrataciones necesarias para el desarrollo del proyecto utilizando para ello, de conformidad con la legislación vigente, la modalidad contractual más adecuada a las necesidades del mismo y al perfil de la persona seleccionada. Dichas contrataciones se formalizarán con personas desempleadas inscritas como demandantes de empleo en las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, ante las que las Entidades beneficiarias presentarán oferta de empleo.

3. En el supuesto de los proyectos destinados a la realización de las acciones descritas en las letras b) y c) del apartado 1 del artículo 3 de la presente Orden, al menos el 50% de las contrataciones necesarias para la ejecución de los proyectos se formalizarán, dentro de los objetivos marcados en el Plan de Acción para el Empleo en el Reino de España, con:

a) Jóvenes menores de 30 años desempleados que acrediten una inscripción de demanda de empleo con antigüedad de al menos 6 meses y cumplan el perfil necesario para el desarrollo del proyecto.

b) Personas mayores de 45 años desempleados que acrediten una inscripción de demanda de empleo con antigüedad de al menos 12 meses y cumplan el perfil necesario para el desarrollo del proyecto.

c) Mujeres de cualquier edad desempleadas que acrediten la previa inscripción de demanda de empleo y que no hubieran sido beneficiarias de proyectos concedidos al amparo del presente programa en el ejercicio anterior.

De entre ellos, tendrán preferencia los siguientes colectivos:

a) Personas con especiales dificultades de acceso al mercado laboral, que a los efectos de esta Orden serán:

— Mujeres víctimas de violencia de género.

— Personas con discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 33%.

— Personas exreclutas.

— Personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social.

— Jóvenes que se incorporen al mercado de trabajo procedentes de instituciones de protección y reforma.

— Personas usuarias del Programa de Solidaridad.

— Parados de larga duración mayores de 45 años.

— Pertenecientes a minorías étnicas.

— Víctimas de actos terroristas, y/ o sus familiares en primer grado de consanguinidad o afinidad.

— Parados de larga duración que lleven más de 24 meses en desempleo, así como demás personas en riesgo de exclusión.

b) Personas con responsabilidades familiares especialmente cuando se trate de familias monoparentales.

La acreditación de pertenencia a cualquiera de los anteriores colectivos se efectuará mediante declaración responsable.

Art. 5.º Incentivos y duración de los proyectos.—1. Las entidades que desarrollen y ejecuten proyectos descritos en las letras a), b) y c) del artículo 3 de la presente Orden podrán beneficiarse de un incentivo que podrá alcanzar hasta el 80% del coste total del mismo.

2. En el supuesto de proyectos destinados a la realización de actuaciones contenidas por las letras b) y c) del artículo 3 de la presente Orden, que

acrediten la inserción estable de al menos el 30% de los participantes en proyectos similares realizados al amparo del presente programa el incentivo podrá alcanzar hasta el 100% del coste total del mismo

Dicho incentivo podrá aplicarse a los gastos ocasionados por las siguientes acciones:

a) Gastos de personal, entendiéndose por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, no pudiendo exceder de las cantidades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

- Coordinador: 35.384 €.
- Técnico: 29.321,50 €.
- Apoyo Administrativo: 20.525 €.

b) En el supuesto de proyectos destinados a la ejecución de acciones contempladas en la letra c) del apartado 1 del artículo 3 de la presente Orden, las contrataciones que se efectúen a los destinatarios delimitados en el artículo 4.3 serán incentivados por el Servicio Andaluz de Empleo y su coste no superará al equivalente al 1,5 veces el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) vigente cada año, incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias por importe equivalente cada una de ellas a una mensualidad o la cuantía prevista en el convenio colectivo de aplicación de ser esta inferior, así como la correspondiente cotización a la Seguridad Social por todos los conceptos, por cada persona contratada.

c) Gastos generales, entendiéndose por estos aquellos directamente relacionados con el proyecto a desarrollar, entendiéndose incluidos los de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos en los térmi-

nos descritos por el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones.

En el supuesto de proyectos destinados a la ejecución de acciones contempladas en las letras b) y c) del apartado 1 del artículo 3 de la presente Orden, los gastos contemplados en este apartado no podrán superar el 20% del coste total del proyecto.

2. Los proyectos tendrán una duración máxima de un año.

CAPÍTULO III

Programa para el fomento de la cultura de la calidad en el empleo, y de la empleabilidad de las personas que precisen adquirir experiencia laboral

Art. 6.º *Objeto.*—El Programa establecido en el presente Capítulo tiene por finalidad incentivar proyectos:

a) Proyectos que promuevan una cultura del empleo de calidad, que fomenten el empleo estable, seguro y cualificado, y que redunden en un aumento de la calidad en el mercado laboral. Así mismo, a través de estos proyectos se podrá completar la empleabilidad de aquellas personas que lo precisen.

b) Proyectos destinados a fomentar y facilitar la empleabilidad de personas que precisen experiencia laboral.

Art. 7.º *Entidades promotoras beneficiarias.*—Estos proyectos podrán ser promovidos, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por las siguientes entidades:

a) Los proyectos descritos en el apartado a) del artículo 6 podrán ser promovidos por organizaciones empresariales y sindicales de ámbito andaluz y carácter intersectorial que, estando inscritas en el Registro de asocia-

ciones empresariales y sindicales del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, cuenten con sede en cada una de las provincias andaluzas y tengan implantación en todas y cada una de ellas de acuerdo con lo dispuesto por en los artículos 6 y 7.1 de la L.O. 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical para las Organizaciones Sindicales, y de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, para las organizaciones empresariales.

b) Los proyectos descritos en el apartado b) del artículo 6 podrán ser promovidos por Fundaciones con sede en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, siempre que tengan ámbito autonómico. Estos proyectos podrán ser desarrollados en colaboración con las distintas Administraciones Públicas.

Art. 8.º Incentivos y duración de los proyectos.—1. Las organizaciones empresariales y sindicales, descritas en el apartado a) del artículo 6, que desarrollen y ejecuten éstos proyectos, por sí o a través de entidades vinculadas a éstas, podrán beneficiarse de un incentivo que podrá alcanzar hasta el 100% del coste total del mismo. Dicho incentivo podrá aplicarse a los gastos ocasionados por las siguientes acciones:

a) Gastos de personal, entendiendo por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, así como todos aquellos gastos que por ley se establezcan como directamente obligatorios no pudiendo exceder de las canti-

dades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

- Coordinador: 35.384 €.
- Técnico: 29.321,50 €.
- Apoyo Administrativo: 20.525 €.
- Profesionales de Oficio: 17.423,53 €.
- Personal subalterno y sin cualificar: 16.086 €.

El coste total de gastos de personal podrá ser imputado tanto a personal propio de la plantilla de la entidad promotora que se dedique al proyecto, como a nuevas contrataciones específicas para el desarrollo del mismo, que cuenten con el perfil necesario para desarrollar el citado proyecto.

b) Cuando la entidad promotora quiera facilitar experiencia laboral a personas que precisen de la misma, el coste no superará al equivalente referenciado a la categoría profesional de:

- Técnico Superior: 2,9 veces el SMI.

- Técnico Medio: 2,5 veces el SMI.
- Administrativo: 2 veces el SMI.

El SMI será el vigente cada año incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias por importe equivalente cada una de ellas a una mensualidad, así como la correspondiente cotización a la Seguridad Social por todos los conceptos de cada persona contratada, así como todos aquellos que por ley se establezcan como directamente obligatorios.

c) Gastos generales, se considerarán como tales los relacionados a continuación:

- Gastos de viaje, estancia y manutención del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

- Publicaciones, reprografía y publicidad.

- Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing.

— Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.

— Material fungible y bienes consumibles no amortizables.

— Material de oficina, didáctico e informático.

— Gastos corrientes, entendiendo por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Seguros de responsabilidad civil.

— Limpieza.

— Gastos de adaptación, conservación y mantenimiento de infraestructuras.

— Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos en los términos descritos por el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones.

— Así como cualquier otro gasto relacionado con el proyecto a desarrollar y no contemplado en los anteriores, siempre que venga contemplado en la resolución de concesión del incentivo o, en su defecto, sea expresamente autorizado con por el órgano competente.

Los gastos contemplados en este apartado no podrán superar el 20% del coste total del proyecto, y todos y cada uno de ellos deberá guardar una relación directa con el desarrollo del mismo.

2. Las Fundaciones que desarrollen y ejecuten los proyectos descritos por el apartado b) del artículo 6 podrán beneficiarse de un incentivo que podrá alcanzar hasta el 100% del coste total del mismo. Dicho incentivo podrá aplicarse a los gastos ocasionados por las siguientes acciones:

a) Gastos de personal, entendiéndose por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pa-

gas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, no pudiendo exceder de las cantidades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

— Coordinador: 35.384 €.

— Técnico: 29.321,50 €.

— Apoyo Administrativo: 20.525 €.

— Profesionales de Oficio: 17.423,53 €.

— Personal subalterno y sin cualificar: 16.086 €.

Hasta un 50% del coste total de gastos de personal podrá ser imputados a personal propio de la plantilla de la entidad promotora siempre que se dedique al proyecto, y cuente con el perfil necesario para desarrollar el mismo.

b) Las contrataciones que se efectúen con personas que precisen de experiencia laboral serán sufragados por el Servicio Andaluz de Empleo y su coste no superara al equivalente al 1,5 veces el SMI vigente cada año incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias por importe equivalente cada una de ellas a una mensualidad o la cuantía prevista en el convenio colectivo de aplicación de ser esta inferior, así como la correspondiente cotización a la Seguridad Social por todos los conceptos cada persona contratada.

c) Gastos generales, se considerarán como tales los relacionados a continuación:

— Gastos de viaje y estancia del personal para la realización de actuaciones relacionadas con el desarrollo del proyecto.

— Publicaciones y publicidad.

— Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing.

— Amortización de equipos conforme a la legislación vigente.

— Material fungible y bienes consumibles no amortizables.

— Material de oficina, didáctico e informático.

— Gastos corrientes, entendiéndose por tales suministros de luz, agua, calefacción, teléfono, fax, internet y correos.

— Seguros de responsabilidad civil.

— Limpieza.

— Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos.

— Así como cualquier otro gasto directamente relacionado con el proyecto a desarrollar y no contemplado en los anteriores, siempre que sea expresamente autorizado por el órgano competente.

Los gastos contemplados en este apartado no podrán superar el 20% del coste total del proyecto, y todos y cada uno de ellos deberá guardar una relación directa con el desarrollo del mismo.

3. Los proyectos tendrán una duración máxima de dos años.

CAPÍTULO IV

Programa de Talleres de oficios para jóvenes de hasta 30 años y mujeres

Art. 9.º *Objeto*.—1. El programa establecido en el presente Capítulo tiene por finalidad incentivar la ejecución de talleres de oficios destinados a la recuperación o mantenimiento de oficios tradicionales o cualquier otro oficio que esté siendo demandado por el mercado laboral en el territorio en el que se va a desarrollar.

2. Los destinatarios de dichos proyectos serán jóvenes de hasta 30 años y mujeres, preferentemente provenientes de itinerarios de inserción del Programa de Andalucía Orienta, que sean desempleados demandantes de empleo inscritos como tales en las oficinas del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y seleccionados por una comisión mixta formada entre la entidad promotora y la co-

rrespondiente Dirección Provincial de Servicio Andaluz de Empleo.

Estos talleres contarán con al menos 6 alumnos por especialidad, los cuales deberán ser contratados por la entidad promotora durante todo el período de duración del mismo, debiendo formalizarse las contrataciones de acuerdo con las modalidades y contenidos previstos en la legislación laboral vigente.

3. Las personas que hayan participado como alumnos en un taller de oficio no podrán volver a ser seleccionadas como alumnos de otro proyecto sobre el mismo oficio en futuras convocatorias en el marco del presente programa.

4. Tras la finalización de un Taller de oficio, los contratos indefinidos que se formalicen con alumnos y alumnas participantes en el mismo serán incentivos con carácter prioritario de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora. Igualmente aquellos alumnos y alumnas participantes en estos proyectos que, antes del transcurso de 6 meses desde la finalización de su participación en un Taller de oficio, decidan iniciar una actividad económica como autónomos o autónomas serán considerados colectivo prioritario en relación con las ayudas al autoempleo establecidas por el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía.

Art. 10. *Entidades promotoras beneficiarias*.—1. Los talleres de oficio podrán ser promovidos, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por asociaciones empresariales, asociaciones artesanales o empresas todas ellas relacionadas con el oficio objeto del proyecto a desarrollar, así como por Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

2. De entre las solicitudes de proyectos de talleres de oficio tendrán preferencia aquellos cuyas entidades promotoras acrediten los siguientes extremos:

a) Aportación al proyecto de unas instalaciones adecuadas para su desarrollo y ejecución.

b) Cobertura de los gastos derivados del mantenimiento de la maquinaria e instalaciones.

c) En el supuesto de haber ejecutado con anterioridad proyectos similares, acreditación de un grado de inserción de al menos el 50% de los participantes.

Art. 11. Incentivos y duración de los proyectos.—1. Las entidades que desarrollen y ejecuten talleres de oficios para jóvenes y mujeres podrán beneficiarse de un incentivo que podrá alcanzar hasta el 100% del coste total del mismo. El incentivo podrá ser aplicado tanto para gastos materiales como para gastos derivados de las contrataciones de personal necesarios para la ejecución del proyecto, y de los propios destinatarios.

a) Gastos de personal, entendiéndose por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, no pudiendo exceder de las cantidades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

— Coordinador: 35.384 €.

— Técnico: 29.321,50 €.

— Apoyo Administrativo: 20.525 €.

— Profesionales de Oficio: 17.423,53 €.

— Personal subalterno y sin cualificar: 16.086 €.

El personal será seleccionado por la entidad promotora con la autorización

del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, de entre aquellas personas que acrediten la cualificación necesaria para ejecutar las acciones que el mismo contempla y una experiencia mínima de al menos dos años.

b) Gastos de formación y funcionamiento señalados a continuación:

— Medios y material didáctico y de consumo para la formación.

— Gastos de desplazamiento para la formación.

— Material de oficina.

— Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing.

— Gastos generales.

— Amortización de instalaciones y equipos. Para el cálculo de la misma se utilizarán las tablas de coeficiente anuales de amortización establecidas por el Ministerio de Hacienda.

— Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos en los términos descritos por el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones.

— Otros gastos de funcionamiento necesarios para el desarrollo del proyecto formativo.

c) El gasto subvencionable en concepto de costes salariales totales imputables a la ayuda por la contratación de jóvenes y mujeres que participen en el taller y serán equivalentes al 1,5 veces el salario mínimo interprofesional (SMI) vigente cada año, incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias por importe cada una de ellas a una mensualidad, así como la correspondiente cotización a la Seguridad Social por todos los conceptos.

2. En el marco de lo dispuesto por el Reglamento (CE) núm. 68/2001, de la Comisión, de 12 de enero, relati-

vo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de formación, y de conformidad con las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013, cuando los talleres de oficio sean promovidos por empresas, el incentivo podrá alcanzar hasta los siguientes porcentajes de cofinanciación:

a) Si la empresa tiene hasta 250 trabajadores, la cofinanciación podrá alcanzar hasta el 90% del coste total de los proyectos destinados a mujeres y hombres menores de 25 años y hasta el 80% de dicho coste cuando se destine a otras personas beneficiarias.

b) Si la empresa tiene más de 250 trabajadores, la cofinanciación podrá alcanzar hasta el 70% del coste total de los proyectos destinados a mujeres y hombres menores de 25 años y hasta el 60% de dicho coste cuando se destine a otras personas beneficiarias.

En todo caso, el porcentaje restante podrá ser cofinanciado, entre otros conceptos, por la aportación al proyecto de instalaciones adecuadas para su desarrollo y ejecución, o mediante la cobertura de los gastos derivados del mantenimiento de la maquinaria e instalaciones.

3. Los talleres tendrán una duración máxima de un año. Transcurrido el período de 6 meses desde la finalización del proyecto, la entidad promotora deberá acreditar un grado de inserción del alumnado de al menos un 50%. En caso contrario, y en los términos establecidos por el artículo 33 de la presente Orden, procederá el reintegro parcial del incentivo en función del porcentaje de inserción incumplido.

CAPÍTULO V

Programa de Escuelas de empleo en sectores productivos

Art. 12. Objeto.—1. El Programa establecido en el presente Capítulo tie-

ne por finalidad incentivar Escuelas de empleo en sectores productivos. Dichas Escuelas consisten en proyectos asociados a la producción de bienes o servicios, en los que la formación se alterna con el trabajo productivo en actividades que permitan la inserción a través de la profesionalización y adquisición de experiencia laboral de los participantes con la finalidad de incrementar sus posibilidades de inserción profesional.

2. Para resolver sobre la concesión de los incentivos establecidos en el presente Capítulo, el Servicio Andaluz de Empleo podrá atender a las demandas de los sectores productivos así como, de forma coyuntural, a aquellos actividades que estime prioritarias en base a situaciones especiales de carácter sobrevenido.

3. Las Escuelas de empleo están destinadas a personas desempleadas menores de 30 años que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que dispongan de Formación Profesional Ocupacional o reglada, diplomatura o licenciatura relacionada con el sector productivo en el que se desarrolle el proyecto.

b) Que no hayan transcurrido más de dos años desde la finalización de la formación.

c) Que no hayan trabajado por cuenta ajena o propia, después de la terminación de sus estudios, en tareas relacionadas con su formación o, en su defecto, que el período de ocupación no supere los seis meses computados en el período comprendido por los dos años inmediatamente posteriores a la finalización de dicha formación.

Estas escuelas contarán con al menos 6 alumnos. De las personas que cumplan los anteriores requisitos tendrán preferencia aquellas que provengan de itinerarios de inserción del Programa de Andalucía Orienta.

Las entidades promotoras de Escuelas de Empleo se comprometen du-

rante el desarrollo del proyecto a formar adecuadamente a los participantes en la ocupación a desempeñar, así como a proveerles durante al menos 9 meses prácticas en empresas del sector productivo concreto, bajo la supervisión de un tutor nombrado al efecto por la entidad promotora. Las personas que participen en el proyecto deberán ser contratadas por la entidad promotora durante todo el periodo de duración de la misma, debiendo formalizarse dichas contrataciones de acuerdo con las modalidades y contenidos previstos en la legislación laboral vigente.

4. Las personas que hayan participado como alumnos en una escuela de empleo no podrán volver a ser seleccionadas como alumnos de otro proyecto sobre el mismo sector en futuras convocatorias en el marco del presente programa.

5. Tras la finalización de una Escuela de empleo en sectores productivos, los contratos indefinidos que se formalicen con alumnos y alumnas participantes en la misma serán incentivables con carácter prioritario de conformidad con lo establecido en la normativa reguladora. Igualmente aquellos alumnos y alumnas participantes en estos proyectos que antes del transcurso de 6 meses desde la finalización de su participación en una Escuela de Empleo, decidan iniciar una actividad económica como autónomos o autónomas serán considerados colectivo prioritario en relación con las ayudas al autoempleo establecidas por el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía.

Art. 13. Entidades promotoras beneficiarias.—Los proyectos de Escuelas de empleo en sectores productivos podrán ser promovidos, en el ámbito territorial de la Comunidad Autóno-

ma de Andalucía, por Organizaciones empresariales, Asociaciones empresariales sectoriales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Agentes Económicos y empresas del sector.

Art. 14. Incentivos y duración de los proyectos.—1. Las entidades promotoras de Escuelas de empleo en sectores productivos podrán beneficiarse de un incentivo que podrá alcanzar hasta el 100% del coste total del mismo. El incentivo podrá ser aplicado a los siguientes conceptos:

a) Gastos de personal, entendiéndose por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, incluidos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, no pudiendo exceder de las cantidades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

— Coordinador: 35.384 €.

— Técnico, Monitor, Tutor de empresa: 29.321,50 €.

— Apoyo Administrativo: 20.525 €.

El personal será seleccionado por la entidad promotora con la autorización del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, de entre aquellas personas que acrediten la cualificación necesaria para ejecutar las acciones que el mismo contempla y una experiencia mínima de al menos dos años.

b) Gastos de formación y funcionamiento señalados a continuación:

— Medios y material didáctico y de consumo para la formación.

— Gastos de desplazamiento para la formación.

— Material de oficina.

— Alquiler de edificios y equipamientos sin que en este concepto pueda entenderse incluido el leasing.

— Gastos generales.

— Amortización de instalaciones y equipos. Para el cálculo de la misma se utilizarán las tablas de coeficiente anuales de amortización establecidas por el Ministerio de Hacienda.

— Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos en los términos descritos por el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones.

— Otros gastos de funcionamiento necesarios para el desarrollo del proyecto formativo.

c) El gasto subvencionable en concepto de costes salariales totales imputables a la ayuda por la contratación de los alumnos y alumnas que participen en la escuela y que serán equivalentes al 1,5 veces el salario mínimo interprofesional (SMI) vigente cada año, incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias por importe cada una de ellas a una mensualidad, así como la correspondiente cotización a la Seguridad Social por todos los conceptos.

2. En el marco de lo dispuesto por el Reglamento (CE) núm. 68/2001, de la Comisión, de 12 de enero, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de formación, y de conformidad con las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013, cuando las escuelas de empleo sean promovidas por empresas el incentivo podrá alcanzar hasta los siguientes porcentajes de cofinanciación:

a) Si la empresa tiene hasta 250 trabajadores, la cofinanciación podrá alcanzar hasta el 90% del coste total de los proyectos destinados a jóvenes menores de 25 años y hasta el 80% de dicho coste cuando se destine a jóvenes de entre 25 y 30 años.

b) Si la empresa tiene más de

250 trabajadores, la cofinanciación podrá alcanzar hasta el 70% del coste total de los proyectos destinados a jóvenes menores de 25 años y hasta el 60% de dicho coste cuando se destine a jóvenes de entre 25 y 30 años.

En todo caso, el porcentaje restante podrá ser cofinanciado, entre otros conceptos, por la aportación al proyecto de instalaciones adecuadas para su desarrollo y ejecución, o mediante la cobertura de los gastos derivados del mantenimiento de la maquinaria e instalaciones.

3. Los proyectos tendrán una duración máxima de un año. Transcurrido el período de 6 meses desde la finalización del proyecto, la entidad promotora deberá acreditar un grado de inserción de los participantes de al menos un 50%. En caso contrario, y en los términos establecidos por el artículo 33 de la presente Orden, procederá el reintegro parcial del incentivo en función del porcentaje de inserción incumplido.

CAPÍTULO VI

Programa para el fomento de proyectos integrales de empleo para personas con discapacidad

Art. 15. Objeto.—1. El programa establecido en el presente Capítulo tiene por finalidad desarrollar proyectos de empleo con apoyo que generen posibilidades de empleo y faciliten un empleo de calidad para personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en similares condiciones al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.

2. Para ello se incentivarán proyectos integrales de fomento de empleo que desarrollen acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo como me-

dida de adaptación de las personas definidas en el apartado anterior.

3. Los proyectos deberán contener, al menos, las siguientes acciones:

a) Orientación, asesoramiento y acompañamiento a la personas con discapacidad, elaborando para cada trabajador un programa de adaptación para el puesto de trabajo.

b) Labores de acercamiento y mutua ayuda entre el trabajador beneficiario del proyecto de empleo con apoyo, el empleador y el personal de la empresa que comparta tareas con el trabajador con discapacidad.

c) Apoyo al trabajador en el desarrollo de habilidades sociales y comunitarias, de modo que pueda relacionarse con el entorno laboral en las mejores condiciones.

d) Adiestramiento específico del trabajador con discapacidad en las tareas inherentes al puesto de trabajo.

e) Seguimiento del trabajador y evaluación del proceso de inserción en el puesto de trabajo. Estas acciones tendrán por objeto la detección de necesidades y la prevención de posibles amenazas o riesgos, tanto para el trabajador como para la empresa que le contrata, que pongan en peligro el objetivo de inserción y permanencia en el empleo.

f) Asesoramiento e información a la empresa sobre las necesidades y procesos de adaptación del puesto de trabajo.

g) Previsión de una evaluación final del proyecto, que se desarrollará en el periodo de un año desde su finalización y en la que deberá quedar plasmada el grado de inserción y la permanencia en el empleo de los destinatarios. Los datos obtenidos mediante dicha evaluación podrán ser tenidos en cuenta para futuras convocatorias.

Art. 16. Destinatarios.—1. Los destinatarios de los proyectos de em-

pleo con apoyo serán los trabajadores con discapacidad inscritos en el Servicio Andaluz de Empleo como demandantes de empleo no ocupados, así como los trabajadores con discapacidad contratados por Centros Especiales de Empleo, a tales efectos tendrán preferencia:

a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33%.

b) Personas con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

2. Las personas con discapacidad que, en el marco de estos proyectos, reciban las acciones de apoyo al empleo deberán ser contratadas por empresas ordinarias o por Centros Especiales de Empleo, para ser empleados efectivamente en la organización productiva de la empresa mediante un contrato indefinido o de duración determinada, siempre que la duración del contrato sea, en este caso, como mínimo de un año. Dichas contrataciones podrán ser incentivadas al amparo de lo dispuesto por el Decreto 149/2005, de 14 de junio, por el que se regulan los Incentivos a la contratación con carácter indefinido.

Art. 17. Entidades promotoras beneficiarias.—Los proyectos de empleo con apoyo podrán ser promovidos, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por asociaciones, fundaciones o entidades sin ánimo de lucro de ámbito regional que representen a la personas con discapacidad.

Art. 18. Tutores laborales.—En el marco de estos proyectos las acciones de empleo con apoyo serán llevadas a cabo por personal cualificado y deberán estar en posesión de una titulación

mínima de formación profesional de grado medio o equivalente y acreditar una experiencia mínima previa de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad que les capacite para la realización de las funciones propias de su puesto.

El número de trabajadores con discapacidad que pueden ser atendidos por cada tutor laboral dependerá del tipo de apoyo que en cada caso sea necesario presentar, sin que en ningún caso un tutor laboral, con jornada de trabajo a tiempo completo, pueda atender como máximo a más de 12 trabajadores con discapacidad sin que en dicho número puedan computarse más de:

- a) Tres trabajadores con parálisis cerebral, con enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.
- b) Cinco trabajadores con parálisis cerebral, enfermedad mental o con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33% e inferior al 65%.
- c) Ocho trabajadores con discapacidad física o sensorial con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65%.

Art. 19. Incentivos y duración de los proyectos.—1. Las entidades que desarrollen y ejecuten proyectos integrales de empleo para personas con discapacidad podrán beneficiarse de un incentivo que podrá alcanzar hasta el 100% del coste total del mismo. El incentivo se destinará a financiar los siguientes costes:

- a) Costes salariales de las personas contratadas para desarrollar los proyectos entendiendo por tales aquellos gastos destinados a sufragar los costes salariales del personal encargado de la ejecución del proyecto, inclui-

dos en los mismos el correspondiente al prorrateo de pagas extraordinarias y las cotizaciones a la Seguridad Social, no pudiendo exceder de las cantidades que se establecen a continuación, por año y a jornada completa:

- Coordinador 35.384 €.
- Técnico 29.321 €.
- Tutor laboral 32.000 €.
- Personal de apoyo administrativo 20.525 €.

El incentivo se reducirá proporcionalmente en función de la duración de la jornada del tutor laboral en el supuesto de que éste tenga un contrato a tiempo parcial.

b) Gastos generales:

- Amortización de instalaciones y equipos. Para el cálculo de la misma se utilizarán las tablas de coeficiente anuales de amortización establecidas por el Ministerio de Hacienda.

- Gastos de auditoría externa para la comprobación de las certificaciones de gastos en los términos descritos por el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones.

- Otros gastos de funcionamiento necesarios para el desarrollo del proyecto formativo.

2. El período máximo durante el que se prestará el apoyo a las mismas personas con discapacidad computable a efectos de los incentivos antes señaladas será de dos años.

3. Los proyectos podrán tener una duración de hasta dos años.

CAPÍTULO VII Disposiciones comunes

Art. 20. Solicitudes de incentivos.—1. Las entidades descritas en los artículos anteriores, cuando deseen promover proyectos enmarcados dentro de los Programas regulados en la

presente Orden y obtener las ayudas en ella establecidas, dirigirán el correspondiente impreso de solicitud acompañado de la documentación preceptiva para cada tipo de proyecto, suscrito por su representante legal, a la persona titular de la Consejería de Empleo en su calidad de Presidente del Servicio Andaluz de Empleo, y lo presentarán preferentemente ante la Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, ante la Dirección General de Fomento del Empleo o ante las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los impresos de solicitud de los incentivos articulados en esta Orden, incluirán:

- a) Declaración responsable de que el solicitante no está incurso en ninguna de las prohibiciones para ser persona beneficiaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de la presente Orden.
- b) Declaración responsable de no haber obtenido otras ayudas o ayudas públicas por el mismo concepto y ejercicio, procedentes de cualesquiera Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales. En el supuesto de que hubieran sido solicitadas u obtenidas otras ayudas para la misma finalidad, siempre que pudieran ser compartidas, relación de las acciones financiadas y del importe subvencionado.
- c) Solicitud de transferencia bancaria firmada por la persona solicitante o, en su caso, la persona que actúe en su representación y sellada por la entidad bancaria.
- d) Compromiso por parte de la entidad promotora del proyecto de que

al menos el 50% de las personas contratadas para la ejecución del proyecto serán mujeres, independientemente del sector productivo en el que se vaya a desarrollar.

2. Las solicitudes se efectuarán en impresos normalizados por triplicado que serán proporcionados en las dependencias de las Direcciones Provinciales del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo, de las Unidades Territoriales de Empleo y Desarrollo Local y Tecnológico o mediante descarga telemática del portal de la Junta de Andalucía (www.juntadeandalucia.es).

3. La presentación de esta solicitud por parte del beneficiario conllevará la autorización al órgano gestor para recabar los certificados a emitir por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Consejería de Economía y Hacienda, y por la Tesorería General de la Seguridad Social tal y como dispone el apartado 3 del artículo 23 de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones. No obstante, en relación con esta última, en tanto en cuanto no se articulen los oportunos mecanismos para la transmisión de datos entre Administraciones, el beneficiario deberá aportar el correspondiente certificado expedido por el órgano competente de la Seguridad Social.

4. Si la solicitud no reuniera los requisitos exigidos o no se acompañasen los documentos preceptivos, el órgano instructor del procedimiento requerirá a la entidad solicitante para que en el plazo de 10 días subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con la indicación de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistida de su petición, previa resolución dictada en los términos previstos en el artículo 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Art. 21. Documentación adjunta a la solicitud.—Con carácter general la solicitud de las ayudas desarrolladas en la presente Orden se acompañará de la siguiente documentación:

a) Fotocopia compulsada de la documentación identificativa de la personalidad jurídica de la entidad solicitante y acreditativa de poder de representación del firmante de la solicitud para actuar en nombre de la persona jurídica solicitante. En el caso de asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, fotocopia compulsada de escritura pública de constitución y estatutos debidamente inscritos en el registro correspondiente y de la documentación que acredite que cuenta con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

b) Cuando se trate de asociaciones, certificación acreditativa de su implantación en todas y cada una de las provincias andaluzas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7.a) de la presente Orden.

c) Memoria del proyecto a realizar en la que se detallaran el objetivo, las actuaciones a realizar y presupuesto desglosado de los costes de desarrollo del proyecto.

d) En los proyectos integrales para el fomento del empleo de personas con discapacidad respecto del empleo con apoyo, deberá concretarse el número de personas con discapacidad que van a ser destinatarios de los proyectos y el grado de minusvalía de los mismos.

Art. 22. Plazo de presentación de solicitudes.—1. Las solicitudes de las ayudas a proyectos desarrollados en esta Orden, se presentarán en el periodo comprendido entre los días 1 y 31 de diciembre del año anterior a aquel en el que se vayan a iniciar, ambos inclusive, salvo para el supuesto de Ayudas a las Entidades Locales regulado

en el apartado a) del artículo 3 del Capítulo II que podrán ser presentadas durante el primer cuatrimestre de cada año.

2. No serán admitidas a trámite las solicitudes que se presenten fuera del plazo establecido en el artículo anterior, resolviéndose la inadmisión de las mismas, que deberá ser notificada a los interesados en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Art. 23. Competencia para instruir y resolver.—Corresponde a la persona titular de la Consejería de Empleo, en su calidad de Presidente del Servicio Andaluz de Empleo, la competencia para resolver sobre los incentivos establecidos en la presente Orden sin perjuicio de lo dispuesto a continuación:

a) Se delega en la persona titular de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo la competencia para resolver sobre los incentivos para la ejecución de las acciones contenidas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 3 del Capítulo II de la presente Orden. El órgano instructor de los expedientes sobre estos incentivos será la Jefatura de Servicio de Fomento del Empleo de la correspondiente Dirección Provincial del Servicio Andaluz de Empleo.

b) Se delega en la persona titular de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo la competencia para resolver sobre los incentivos para la ejecución de los proyectos establecidos por los Capítulos III, IV, V y VI de la presente Orden. El órgano instructor de los expedientes sobre estos incentivos será la Jefatura

de Servicio de la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo competente en razón de la materia.

Respecto de los incentivos cuya competencia para resolver no ha sido delegada, el órgano instructor de los expedientes sobre dicho incentivos será la Dirección General de Fomento del Empleo del Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

Art. 24. Resolución.—1. La Resolución contendrá, como mínimo, los extremos previstos en el artículo 13.2 del Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de concesión de ayudas públicas y subvenciones de la Junta de Andalucía. Así mismo deberá tenerse en cuenta lo establecido por la Sección I, información y publicidad, del Capítulo II del Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión de 8 de diciembre de 2006, así como lo dispuesto por el artículo 69.1 del Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006.

2. El plazo máximo para resolver y notificar la resolución sobre las solicitudes de ayudas a los proyectos regulados en la presente Orden será de seis meses desde la fecha en que la misma haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido el citado plazo sin que recaiga resolución expresa, las solicitudes podrán entenderse desestimadas por silencio administrativo conforme a lo establecido en el artículo 31.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

3. En el plazo máximo de 15 días contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución, las entidades promotoras deberán aceptar expresamente el incentivo en los términos

establecidos en la resolución de concesión. En caso contrario, la resolución dictada perderá su eficacia, acordándose el archivo con notificación al interesado. De la aceptación quedará constancia en el expediente.

En su caso, en el mismo acto de aceptación la entidad promotora deberá aportar documentación acreditativa de que dispone de las licencias y autorizaciones de las distintas administraciones, en su caso, necesarias para el total desarrollo del proyecto.

4. Para aquellos incentivos destinado a subvencionar costes salariales no calculados en base al SMI vigente cada año, la resolución de concesión contemplará un incremento anual del 3% para años sucesivos, mientras no se dicte disposición en contra. Para el cálculo del referido incremento se utilizará SMI que corresponda al mes de inicio del mismo, siendo éste único para todo el proyecto aún cuando el mismo se desarrolle en dos ejercicios anuales distintos.

Art. 25. Dotación presupuestaria.—La concesión de las ayudas reguladas en la presente Orden estará condicionada a la existencia de dotación presupuestaria para dicho fin y se podrán adquirir compromisos de carácter plurianual, de acuerdo con lo previsto en la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 26. Abono del incentivo.—
1. Una vez dictada la resolución de concesión de la ayuda, el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo procederá al abono de las ayudas de la siguiente forma:

— Hasta el 75%, en concepto de anticipo, se tramitará a partir de la fecha de concesión.

— Una vez justificado al menos el 25% del total subvencionado median-

te la oportuna presentación de los documentos acreditativos de la ejecución y de los gastos pagados se podrá tramitar el 25% restante. Para ello, y en cualquier caso, los beneficiarios deberán cumplir las condiciones de justificación, que a tal efecto se establecen en el artículo 27 de la presente Orden, así como aquellas otras que el órgano concedente de la ayuda pueda concretar en la correspondiente Resolución de concesión.

2. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 32.2 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, no podrá proponerse el pago de subvenciones a los beneficiarios que no hayan justificado en tiempo y forma las ayudas concedidas con anterioridad con cargo al mismo programa presupuestario por la Administración de la Junta de Andalucía y sus Organismos Autónomos o, en el caso de entidades previstas en el artículo 6.1.b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las concedidas por la propia entidad pública, ni aquellas que tengan deuda en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.1 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

3. En el plazo de un mes desde que se produzca cada pago, la Entidad promotora del proyecto presentará certificación de asiento contable.

Art. 27. Justificación y liquidación de las ayudas.—1. Se considerará gasto realizado el que ha sido efectivamente pagado con anterioridad a la finalización del período de justificación, y sean conformes con lo establecido en

la normativa autonómica y nacional en materia de ayudas, así como en la normativa comunitaria.

2. En el plazo máximo de tres meses a partir de la fecha de finalización del programa objeto de la subvención, el beneficiario deberá presentar ante el órgano gestor los justificantes del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención, así como una memoria de lo realizado.

3. La justificación del cumplimiento de las condiciones impuestas y de la consecución de los objetivos en el acto de concesión del incentivo revestirá la forma de cuenta justificativa del gasto realizado en los términos establecidos por el artículo 72 del el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio. En las actividades no financiadas con fondos comunitarios se considerará gasto realizado el acreditado mediante factura y demás documentos de valor probatorio equivalente con validez en el tráfico jurídico mercantil o eficacia administrativa. La rendición de la cuenta justificativa constituye un acto obligatorio del beneficiario, en la que se debe incluir, bajo responsabilidad del declarante, los justificantes de gasto o cualquier otro documento con validez jurídica que permitan acreditar el cumplimiento del objeto de la incentivación. La cuenta deberá incluir declaración de las actividades realizadas que han sido financiadas con la incentivación y su coste, con el desglose de cada uno de los gastos incurridos.

4. La acreditación de los gastos también podrá efectuarse mediante facturas electrónicas, siempre que cumplan los requisitos exigidos para su aceptación en el ámbito tributario.

5. La presentación de las facturas, justificantes de pago y demás documentos de valor probatorio contem-

plada en el apartado 3 de este artículo, podrá ser sustituida por la cuenta justificativa con aportación de informe de un auditor de cuentas inscritos como ejerciente en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas dependiente del Instituto de Contabilidad y Auditorías de Cuentas, resultando de aplicación en este supuesto lo previsto en el artículo 74 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones. Dicho informe del auditor deberá garantizar el carácter elegible de los gastos que se pretenden imputar, de acuerdo a los criterios contenidos en los artículos anteriores.

Dicha cuenta justificativa deberá incorporar, además de una memoria de actuaciones, una memoria económica abreviada que contendrá al menos un estado representativo de los gastos incurridos en la realización de las actividades subvencionadas debidamente agrupados, y, en su caso, las cantidades inicialmente presupuestadas y las desviaciones acaecidas.

De conformidad con lo dispuesto por el apartado 3 del artículo 31 de la Ley 38/2003, de 18 de noviembre, General de Subvenciones, cuando el importe del gasto subvencionable supere la cuantía de 30.000 euros en el supuesto de coste por ejecución de obra, o de 12.000 euros en el supuesto de suministro de bienes de equipo o prestación de servicios por empresas de consultoría o asistencia técnica, el beneficiario deberá solicitar como mínimo tres ofertas de diferentes proveedores, con carácter previo a la contracción del compromiso para la prestación del servicio o la entrega del bien, salvo que por las especiales características de los gastos subvencionables no exista en el mercado suficiente número de entidades que lo suministren o presten, o salvo que el gasto se hubiera reali-

zado con anterioridad a la solicitud de la subvención.

6. A efectos de justificaciones, para las subvenciones concedidas por importe inferior a 60.000 €, podrá tener carácter de documento con validez jurídica la cuenta justificativa simplificada regulada en el artículo 75 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones condiciones impuestas en la concesión de la subvención, con indicación de las actividades realizadas y los resultados obtenidos; una relación clasificada de gastos e inversiones de la actividad, con indicación del acreedor y del documento, su importe, fecha de emisión y, en su caso, fecha de pago; un detalle de otros ingresos o subvenciones que hayan financiado la actividad subvencionada con indicación del importe y su procedencia.

El órgano concedente requerirá al beneficiario la remisión de justificantes de gastos que supongan al menos el 5% del importe de la subvención, a efectos de obtener evidencias razonables sobre la adecuada aplicación de la subvención.

7. La Consejería de Empleo garantizará que, en el marco de las auditorías realizadas sobre las certificaciones de gastos a contratar, son selladas o estampilladas todas las facturas o documentos originales del gasto que hayan sido presentadas, de forma que figure su condición de gasto cofinanciado por el Fondo Social Europeo y la Consejería de Empleo.

8. El importe definitivo de la ayuda se liquidará aplicando al coste de la actividad o inversión efectivamente realizada por el beneficiario, según justificación, el porcentaje de la financiación de la Junta de Andalucía, definido en la resolución de concesión. Artículo 28. Gastos subvencionables. Se conside-

rarán gastos subvencionables a efectos de la presente Orden, sin perjuicio de los que así se determinan en las normas específicas de cada programa, todos aquellos que con carácter general y de manera indubitada respondan a la naturaleza de la situación, actividad o proyecto objeto de las ayudas y medidas previstas en la misma, y en concreto, aquellos que hayan sido efectivamente pagados con anterioridad a la finalización del periodo de justificación, y sean conformes con lo establecido en la normativa autonómica, nacional y comunitaria en materia de subvenciones.

Art. 29. Subcontratación.—1. En aquellos programas en los que resulte de aplicación, los beneficiarios podrán subcontratar hasta el 100% de la ejecución de la actividad que constituye el objeto de la ayuda, en los términos establecidos en esta Orden. Cuando la actividad concertada con terceros exceda del 20% del importe de la ayuda y dicho importe sea superior a 60.000 €, la celebración del correspondiente contrato deberá formalizarse por escrito y ser autorizado previamente por el órgano concedente, ya sea de forma expresa en la propia resolución de concesión de la ayuda o mediante resolución posterior, emitida en el plazo de 15 días a contar desde la solicitud de autorización. Se entenderá otorgada la autorización cuando transcurra el citado plazo sin pronunciamiento del órgano concedente. En ningún caso podrá fraccionarse un contrato con el objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir el cumplimiento de este requisito.

2. En todo caso, será de aplicación a los beneficiarios y contratistas los límites y obligaciones establecidos en el artículo 29 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en el artículo 68.2 del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por

el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones.

Art. 30. Compatibilidad de las ayudas.—1. Los incentivos regulados por la presente Orden serán compatibles entre sí y con cualquier otra ayuda para el mismo fin no otorgada por la Consejería de Empleo, o por institución en la que ésta participe mayoritariamente, dentro de los límites legalmente establecidos.

No obstante lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 5/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, el importe de las ayudas en ningún caso podrá ser de tal cuantía que, aisladamente o en concurrencia con incentivos o ayudas de otras Administraciones Públicas o de otros Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, supere el coste de la actividad a desarrollar por las entidades beneficiarias, procediendo en caso contrario el reintegro del exceso obtenido sobre el coste de la actividad incentivada, así como los intereses de demora correspondientes.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma, toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la ayuda y, en todo caso, la obtención concurrente de incentivos o ayudas otorgadas por otras Administraciones o entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

Art. 31. Exclusiones.—1. Con carácter general, y de conformidad con lo establecido por el artículo 13.2 y 3 de la Ley General de Subvenciones, serán excluidas como posibles beneficiarias de las ayudas reguladas en la

presente Orden, las entidades que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme a la pena de pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas.

b) Haber solicitado la declaración de concurso, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, estar sujetas a intervención judicial o haber sido inhabilitadas conforme a la Ley Concursal sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

c) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declaradas culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con la Administración.

d) Estar incurso la persona física, los administradores de las sociedades mercantiles o aquellos que ostenten la representación legal de otras personas jurídicas, en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de Incompatibilidades de los Miembros del Gobierno de la Nación y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, de la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes e Intereses de Altos Cargos y otros Cargos Públicos, o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma o en la normativa autonómica que regule estas materias.

e) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social

impuestas por las disposiciones vigentes, así como tener deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de derecho público con la Comunidad Autónoma de Andalucía, salvo lo dispuesto por el apartado 2 del artículo 32 de la presente Orden.

f) Tener la residencia fiscal en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

g) No hallarse al corriente del pago de obligaciones por reintegro de subvenciones.

h) Haber sido sancionada mediante resolución firme con la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones según de la Ley General de Subvenciones o la Ley General Tributaria.

i) Las asociaciones incursas en las causas de prohibición previstas en los artículos 4.5 y 6 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ni aquellas respecto las que hubiera suspendido el procedimiento administrativo de inscripción por encontrarse indicios racionales de ilicitud penal, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 30.4 de la Ley Orgánica 1/2002, en tanto no recaiga resolución judicial firme en cuya virtud pueda practicarse la inscripción en el correspondiente registro.

2. Sin perjuicio de las exclusiones generales establecidas en el apartado anterior, tampoco podrán obtener la condición de posibles beneficiarias de los incentivos previstos en la presente Orden aquellas entidades promotoras que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

a) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o sancionadas por resolución administrativa firme en los tres últimos años por falta muy grave en materia de prevención de riesgos laborales.

b) Haber sido condenadas por sentencia judicial firme o resolución administrativa firme en los tres últimos

años por prácticas de discriminación laboral o en materia de género.

c) Haber estado incursas en expedientes de regulación de empleo en los tres años inmediatamente anteriores a la solicitud de los incentivos.

Art. 32. Obligaciones de las entidades beneficiarias de las ayudas.—

1. Con independencia de las obligaciones específicas contempladas para cada ayuda en esta Orden, y las que expresamente se recojan en la resolución o convenio de concesión, de conformidad con el artículo 14 de la Ley General de Subvenciones, y del artículo 29 de la Ley de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, son exigibles las siguientes obligaciones genéricas:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano concedente el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación a efectuar por el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como, en su caso, comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades incentivadas. Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

e) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos por la legislación mercantil y sectorial aplicable a la entidad empleadora beneficiaria en cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

f) Acreditar con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión, que se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones Tributarias y frente a la Seguridad Social así como que no tiene deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de derecho público con la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2 del presente artículo.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el artículo 33 de la presente Orden.

i) Hacer constar, en toda información o publicidad que realicen sobre la actividad objeto de la ayuda, que la misma ha sido incentivada por la Consejería competente en materia de empleo, sin perjuicio de las normas que sobre información y publicidad se dicten por la Unión Europea, respecto a las subvenciones financiadas con fondos comunitarios. El incumplimiento de la presente obligación podrá dar lugar al reintegro de las ayudas recibidas.

2. Teniendo en cuenta que los proyectos incentivados bajo los programas descritos en los Capítulos II y III de la presente Orden persiguen la con-

secución de los objetivos marcados en los artículos 3 y 6 de la misma, de conformidad con la excepción prevista por el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones, así como por el último párrafo del apartado 1 del artículo 29 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, por la que se aprueban las Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras, las Entidades promotoras de dichos proyectos no tendrán que acreditar que se hallan al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias estatales y frente a la Seguridad Social, o no tener deudas en período ejecutivo de cualquier otro ingreso de Derecho Público con la Comunidad Autónoma de Andalucía establecida por la letra f) del anterior apartado.

3. Así mismo, las personas o entidades beneficiarias están obligadas a facilitar información al órgano concedente de la ayuda, así como a facilitar la comunicación y justificantes que le sean requeridos por éste.

Junto a ello, también están obligadas a comunicar al órgano concedente de la ayuda cualquier cambio de domicilio a efectos de notificaciones durante el período en el que la ayuda es susceptible de control.

4. En el supuesto de que la entidad beneficiaria de los incentivos para la ejecución de proyectos establecidos en los Capítulos IV y V de la presente Orden sea una empresa, durante el período en el que se desarrolle el proyecto la plantilla de esta no podrá verse reducida por despidos declarados improcedentes o nulos, ni tramitar expedientes de regulación de empleo. El incumplimiento de esta obligación puede determinar el reintegro en los términos establecidos por el artículo 33 de la presente Orden.

Art. 33. Reintegro de ayudas.—

1. Además de los supuestos de inva-

lidez de la resolución de concesión establecidos por el artículo 36 de la Ley General de Subvenciones, procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la ayuda hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos:

a) Obtención de la subvención falseando las condiciones requeridas para ello u ocultando aquéllas que lo hubieran impedido.

b) Incumplimiento total o parcial del objetivo, de la actividad, del proyecto o la no adopción del comportamiento que fundamentan la concesión de la subvención.

c) Incumplimiento de la obligación de justificación o la justificación insuficiente, en los términos establecidos en el artículo 27 de la presente Orden.

d) Incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas de difusión y publicidad contenidas en los artículos 32.1.i) y 35 de la presente Orden.

e) Resistencia, excusa, obstrucción o negativa a las actuaciones de comprobación y control financiero previstas en los artículos 14 y 15 de la Ley General de Subvenciones, así como el incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

f) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades beneficiarias, así como

de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, siempre que afecten o se refieran al modo en que se han de conseguir los objetivos, realizar la actividad, ejecutar el proyecto o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de la subvención.

g) Incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Administración a las entidades beneficiarias, así como de los compromisos por éstas asumidos, con motivo de la concesión de la subvención, distintos de los anteriores, cuando de ello se derive la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas, o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

h) Incumplimiento de las normas medioambientales, en su caso, al realizar el objeto de la subvención o ayuda. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte de la entidad beneficiaria de las medidas en materia de protección del medio ambiente a las que viniere obligada.

i) Incumplimiento de la normativa vigente en materia de prevención y riesgos laborales. En este supuesto, la tramitación del expediente de reintegro exigirá previamente que haya recaído resolución administrativa o judicial firme, en la que quede acreditado el incumplimiento por parte de la entidad beneficiaria de las medidas en la referida materia.

j) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del

Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro.

2. En materia de reintegro de las ayudas contempladas en esta Orden serán de aplicación las reglas contenidas por el artículo 33 de la Ley de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras.

3. Cuando habiéndose producido circunstancias ajenas a la voluntad de la entidad beneficiaria de estas ayudas, que determinen un cumplimiento por parte de ésta que se aproxime de modo significativo al cumplimiento total, previa comunicación motivada y acreditación tanto de las citadas circunstancias como de la actuación inequívocamente tendente a la satisfacción de sus compromisos, el órgano concedente determinará la cantidad de dicha ayuda que proporcionalmente habrá de reintegrarse en función del tiempo en que se haya mantenido la actividad subvencionada, en los términos establecidos por el artículo 17.3.n) de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones.

4. Procederá el reintegro parcial del incentivos en función del porcentaje de inserción incumplido para aquellas entidades promotoras de talleres de oficios y escuelas de empleo que no cumplan con el compromiso de inserción recogido en los artículos 11.2 y 14.2 de la presente orden.

Art. 34. Seguimiento y evaluación.—El Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo realizará cuantas acciones sean necesarias para el seguimiento y evaluación de las medidas establecidos en esta Orden por sí mismos o en colaboración con otras entidades, tanto en su aspecto cualitativo como cuantitativo. Las entidades promotoras facilitarán cuantos datos, documentación e información sean necesarias para evaluar las actuaciones

realizadas. El incumplimiento de esta obligación podrá determinar su exclusión de futuros proyectos.

Art. 35. Publicidad.—1. Las ayudas concedidas se publicarán en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, expresando el programa y el crédito presupuestario al que se imputen, la entidad beneficiaria, la cantidad concedida y la finalidad de las ayudas. La citada publicación no será necesaria en los casos que contenidos por el artículo 18.3 de la Ley 38/2003, de 17 de diciembre, General de Subvenciones.

2. Las entidades que participen en el desarrollo de estos proyectos deberán manifestar de modo expreso su colaboración con el Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo y, en su caso, del Fondo Social Europeo, en todas las actuaciones que así lo requieran.

Para ello, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el Manual de Diseño Gráfico para su utilización para el Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 245/1997, de 15 de octubre, así como en la Normativa de la Unión Europea, Reglamento (CE) núm. 1828/2006 de la Comisión de 8 de diciembre de 2006 por el que se fijan normas de desarrollo para el Reglamento (CE) núm. 1083/2006 del Consejo, por el que se establecen las disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo y al Fondo de Cohesión, y el Reglamento (CE) núm. 1080/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

El Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo podrá establecer las características que a tal efecto deberán reunir los materiales impresos o audiovisuales que elaboren las Entidades promotoras. Con independencia

de ello, siempre que la entidad promotora elabore cualquier tipo de material o indumentaria de trabajo con cargo a la ayuda concedida, deberá llevar la identificación de su financiación por parte de la Consejería de Empleo en el formato que el Servicio Andaluz de Empleo establezca, teniendo la Entidad promotora la obligación de conservar un original de los mismos a disposición de los órganos de gestión y control competentes, por cuanto que el Servicio Andaluz de Empleo podrá darle la utilidad y publicidad que estime conveniente.

Junto a ello, la entidad promotora estará obligada a comunicar a las personas participantes en el proyecto que él mismo ha sido incentivado por el Servicio Andaluz de Empleo. Así mismo, queda obligada a poner a disposición de dichas personas la tarjeta identificativa que a tal efecto le será facilitada desde el Servicio Andaluz de Empleo.

Disposición Transitoria Única.

Convocatoria año 2007.—Excepcionalmente para el ejercicio 2007 las solicitudes de los incentivos a proyectos regulados en esta Orden se presentarán en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la misma.

Disposición Adicional Primera.

Habilitación para dictar instrucciones.—Se faculta a la Dirección General de Fomento de Empleo a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la correcta aplicación e interpretación de la presente Orden en el ámbito de sus competencias específicas.

Disposición Adicional Segunda.

Habilitación para adecuación de cuantías a la normativa básica estatal.—Se faculta a la Dirección General de Fomento de Empleo para actualizar y revisar anualmente mediante Resolución

las cuantías económicas establecidas para cada medida en la presente Orden.

Disposición Final Única. *Entrada en vigor.*—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su pu-

blicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 11 de mayo de 2007

ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Consejero de Empleo

DECRETO 168/2007, de 12 de junio, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como los órganos competentes para su valoración (BOJA núm. 119, de 18 de junio)

El Estatuto de Autonomía para Andalucía establece en su artículo 10.3.15.º que es objetivo básico de nuestra Comunidad Autónoma la especial atención a las personas en situación de dependencia y, en el artículo 37.1.4.º, considera principio rector en la orientación de las políticas públicas la especial protección de estas personas que les permita disfrutar de una digna calidad de vida.

Asimismo, conforme a lo dispuesto en artículo 24 del Estatuto de Autonomía, las personas en situación de dependencia tienen derecho a acceder, en los términos que establezca la Ley, a las ayudas, prestaciones y servicios de calidad con garantía pública necesarios para su desarrollo personal y social.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, afronta uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados, al atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para realizar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía.

Se trata de una Ley de aplicación progresiva y gradual, según el calendario que se establece en su disposición final primera, y que requerirá diversos desarrollos reglamentarios en el ámbito estatal, previa adopción de los correspondientes acuerdos en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, creado por la citada Ley como órgano de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, que deviene esencial para la articulación del Sistema.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, a la que corresponde la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, conforme a lo dispuesto en el artículo 61.1.a) del Estatuto de Autonomía, deberá asimismo aprobar su propia normativa para la puesta en funcionamiento del Sistema, una vez que el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia determine los elementos esenciales de aquel que deben ser comunes a toda la ciudadanía. Entre estos elementos resultan de especial importancia el establecimiento de las características comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de situación de dependencia, que tendrán carácter público, así como la fijación de los criterios básicos del pro-

cedimiento para el reconocimiento de esta situación y, en su caso, del derecho a las prestaciones del Sistema.

Acordados por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia los mencionados elementos, y aprobado el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia, la Comunidad Autónoma de Andalucía puede proceder a regular las características específicas y propias de dichos órganos, así como el procedimiento en cuya virtud se realizará el reconocimiento de la situación de dependencia.

El presente Decreto permite la puesta en marcha y el acceso de la ciudadanía andaluza al Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En su diseño debe destacarse la participación esencial de las Entidades Locales andaluzas, que se configuran como puerta de entrada al Sistema y a las que se de Atención, instrumento para determinar las modalidades de intervención más adecuadas a cada persona que se encuentre en situación de dependencia.

En la elaboración de este Decreto han sido oídas las Entidades Locales andaluzas, así como los órganos asesores de participación y representación de las personas mayores y de las personas con discapacidad, y las entidades y organismos con competencias en estos sectores.

En su virtud, en el ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 27.6 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a propuesta de la Consejera para la Igualdad y Bienestar Social, de acuerdo con el Consejo Consultivo de Andalucía, y previa deliberación del Consejo de Gobierno en su reunión del día 12 de junio de 2007,

DISPONGO

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º *Objeto y ámbito de aplicación.*—El presente Decreto tiene por objeto regular el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como determinar la composición y funciones de los órganos competentes para su valoración en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Art. 2.º *Titulares de derechos.*—A los efectos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, serán titulares de los derechos establecidos en la misma, los andaluces y andaluzas que cumplan los requisitos de los artículos 5.1 y 5.2 de la citada Ley y residan en la Comunidad Autónoma de Andalucía a la fecha de presentación de la solicitud.

Art. 3.º *Integración en el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía.*—La Comunidad Autónoma de Andalucía, en el ámbito de sus competencias, reconoce y garantiza la oferta de las prestaciones establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, integrándolas en el Sistema Público de Servicios Sociales de Andalucía.

Art. 4.º *Competencias.*—1. Corresponderá a las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de servicios sociales la valoración de la situación de dependencia, a través de los órganos contemplados en el artículo 7 del presente Decreto, la resolución de los procedimientos para el

reconocimiento de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

2. Las Entidades Locales de Andalucía participarán en el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y, en su caso, del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en los términos establecidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, en el presente Decreto y en las demás disposiciones concordantes.

3. Asimismo, en los términos establecidos en el presente Decreto, corresponderá a los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de las personas conocimiento de la situación de dependencia y, en su caso, del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como la elaboración de la propuesta de Programa Individual de Atención.

Art. 5.º Utilización de medios telemáticos, informáticos y electrónicos.—1. En los procedimientos que se regulan en el presente decreto se podrán utilizar medios telemáticos, informáticos y electrónicos adecuándose al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, y demás normativa que le resulte de aplicación. Asimismo, será de aplicación a los citados procedimientos el Decreto 183/2003, de 24 de junio, por el que se regula la información y atención al ciudadano y la tramitación de procedimientos administrativos por medios electrónicos (Internet).

2. Por Orden de la Consejería competente en materia de servicios sociales se establecerá la tramitación telemática de los procedimientos que se regulan en el presente Decreto.

Art. 6.º Cooperación interadministrativa.—La Administración de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente en materia de servicios sociales, podrá colaborar con las restantes Administraciones Públicas, mediante los instrumentos y procedimientos que se establezcan, en la implantación y desarrollo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

CAPÍTULO II

Órganos de valoración

Art. 7.º Composición y funciones.—1. Los órganos de valoración serán los encargados de determinar el grado y nivel de la dependencia. Estarán formados por el personal definido en la correspondiente relación de puestos de trabajo, perteneciente a las áreas social o sanitaria, e integrado en la estructura administrativa de la respectiva Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales.

2. En cada Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales existirá un Servicio de Valoración que se constituye como un órgano de valoración a los efectos del artículo 27 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

3. Serán funciones del órgano de valoración, entre otras, las siguientes:

a) Recabar el informe sobre la salud de la persona solicitante conforme al modelo que se establezca.

b) Aplicar el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y la escala de valoración específica para los menores de tres años establecidos en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia.

c) Establecer la correspondencia entre el resultado del baremo citado en

el apartado anterior con la información relativa a las condiciones de salud.

d) Formular ante la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales la propuesta de resolución sobre el grado y nivel de dependencia.

e) Prestar asistencia técnica y asesoramiento en los procedimientos contenciosos en que sea parte la Administración de la Junta de Andalucía, en materia de valoración de la situación de dependencia y de su grado y nivel.

f) Aquellas otras funciones que le sean legal o reglamentariamente atribuidas.

4. Estos órganos podrán contar con el asesoramiento de profesionales del Sistema Sanitario Público de Andalucía, con el fin de prestar asistencia técnica en el ámbito de sus competencias.

CAPÍTULO III

Procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia

Art. 8.º *Inicio del procedimiento.*—El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se iniciará a instancia de las personas titulares de derechos a que se refiere el artículo 2, o de quienes ostenten su representación.

Art. 9.º *Solicitud y documentación.*—La solicitud se formulará en el modelo aprobado por Orden de la Consejería competente en materia de servicios sociales, y que se acompañará, con carácter preceptivo, de la siguiente documentación, mediante aportación de originales o copias autenticadas:

a) Documento nacional de identidad de la persona solicitante o, en su

defecto, documento acreditativo de su personalidad.

b) En su caso, documento nacional de identidad o, en su defecto, documento acreditativo de la personalidad de quien ostente la representación, resolución judicial de incapacitación, y documento acreditativo de la representación.

c) Certificado de empadronamiento acreditativo de la residencia de la persona solicitante conforme a lo establecido en el artículo 2 del presente Decreto.

Art. 10. *Lugar de presentación de las solicitudes.*—Las solicitudes se podrán presentar en los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona solicitante, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Art. 11. *Subsanación.*—1. Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos exigidos o no se acompaña de la documentación establecida en el artículo 9, los Servicios Sociales Comunitarios requerirán a la persona solicitante para que, en un plazo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se la tendrá por desistida de su petición, de conformidad con lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. Transcurrido el plazo de subsanación sin que ésta se haya producido, los Servicios Sociales Comunitarios elevarán el expediente a la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, que dictará resolución en los términos previstos en el artículo 42 de

la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 12. Fecha y lugar de la valoración.—1. Una vez completada la documentación, los Servicios Sociales Comunitarios la remitirán al correspondiente órgano de valoración previsto en el artículo 7, que comunicará a la persona solicitante el día y hora en que los profesionales del citado órgano acudirán a su domicilio o lugar de residencia para efectuar la valoración.

2. De forma excepcional, los órganos de valoración podrán llevar a cabo la valoración en unas instalaciones diferentes al domicilio de la persona solicitante.

3. Se producirá la caducidad del procedimiento, en los términos establecidos en el artículo 92 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuando la valoración fuera imposible por causas imputables a la persona solicitante.

Art. 13. Valoración de la situación de dependencia.—1. Al objeto de determinar el grado y nivel de dependencia, las personas encargadas de baremar realizarán los reconocimientos y pruebas correspondientes, mediante la aplicación del baremo aprobado por Real Decreto 504/2007, de 20 de abril.

2. El grado y nivel de dependencia de la persona interesada se valorará teniendo en cuenta el informe sobre la salud a que se refiere el artículo 7.3.a) del presente Decreto y el informe sobre el entorno en el que viva aquella y, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas.

3. Excepcionalmente, el órgano de valoración podrá solicitar los informes complementarios o aclaratorios que considere convenientes, así como recabar de los Servicios Sociales Comunitarios, o de otros organismos, los informes médicos, psicológicos o socia-

les pertinentes cuando el contenido de los antecedentes obrantes en el expediente o las especiales circunstancias de la persona interesada así lo aconsejen.

Art. 14. Propuesta de resolución.—1. Una vez concluida la valoración de la situación de dependencia el órgano de valoración elevará, a la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, propuesta de resolución conteniendo el dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los servicios y prestaciones que la persona pueda requerir.

2. El dictamen del órgano de valoración establecerá, cuando proceda, en función de las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse, en su caso, la primera revisión del grado y nivel dictaminados.

Art. 15. Resolución.—1. La persona titular de la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales dictará la correspondiente resolución, que determinará:

a) El grado y nivel de dependencia de la persona solicitante, con indicación de la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia conforme al calendario establecido en la disposición final primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. Asimismo, establecerá, cuando proceda, en función de las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se declare.

b) Los servicios o prestaciones que, en su caso, correspondan a la persona interesada de acuerdo con su grado y nivel de dependencia.

2. La resolución deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante o

a sus representantes legales en el plazo máximo de tres meses, que se computará a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios del municipio de residencia de la persona solicitante.

Transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se haya notificado resolución expresa, la solicitud podrá entenderse desestimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente.

3. La resolución de reconocimiento de la situación de dependencia tendrá validez en todo el territorio del Estado y deberá comunicarse a los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona interesada. Su eficacia quedará demorada hasta la aprobación del correspondiente Programa Individual de Atención.

4. La resolución de reconocimiento de la situación de dependencia podrá ser recurrida en alzada ante la persona titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales.

Art. 16. *Revisión del grado o nivel de dependencia.*—1. De conformidad con lo establecido en el artículo 30.1 la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, el grado o nivel de dependencia será revisable por las siguientes causas:

- a) Mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia.
- b) Error de diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

2. El procedimiento de revisión se iniciará a instancia de la persona beneficiaria, de sus representantes, o de oficio por la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales.

3. A la solicitud de revisión se acompañarán cuantos informes o do-

cumentos puedan tener incidencia para la resolución del procedimiento.

4. Serán aplicables, en lo que sea procedente, al procedimiento de revisión las normas establecidas en el presente Decreto para el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia.

CAPÍTULO IV

Programa individual de atención

Art. 17. *Elaboración de la propuesta del Programa Individual de Atención.*—1. Una vez comunicada la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia a los Servicios Sociales Comunitarios que hayan iniciado la tramitación del procedimiento, y siempre que la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia deba producirse en el año en que se hubiera dictado dicha resolución, conforme al calendario establecido en la disposición final primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, aquellos elaborarán la propuesta de Programa Individual de Atención correspondiente a la persona beneficiaria.

A estos efectos requerirán a ésta para que, en un plazo máximo de diez días hábiles, presente la siguiente documentación:

a) Declaración de los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, referidas al período impositivo inmediatamente anterior, con plazo de presentación vencido, a la fecha de efectividad del derecho, conforme al calendario referido en el párrafo primero de este artículo. Quienes no estuvieran obligados a presentarlas, certificado de retenciones de rendimientos percibidos, o, en su defecto, declaración responsable de ingresos y declaración sobre la titularidad de los bienes inmuebles, así como los bienes muebles que reglamentariamente se determinen.

b) En su caso, documentación acreditativa de las circunstancias personales y familiares alegadas por la persona interesada.

2. En caso de que la persona beneficiaria o su representante no aporte la documentación anterior, los Servicios Sociales Comunitarios le requerirán para que, en un plazo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos.

3. En el procedimiento de elaboración del Programa Individual de Atención, los Servicios Sociales Comunitarios deberán realizar un informe social en el que se detalle la situación social, familiar y del entorno de la persona en situación de dependencia.

4. Durante la elaboración del Programa Individual de Atención se dará participación, en los términos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, a la persona beneficiaria, o en su caso, a su familia o entidades tutelares que la representen.

5. Los Servicios Sociales Comunitarios remitirán a la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales, además de la propuesta de Programa Individual de Atención, las declaraciones, la documentación acreditativa del trámite de audiencia así como el informe social sobre la situación familiar y del entorno de la persona declarada en situación de dependencia. Esta remisión deberá producirse en el plazo máximo de dos meses desde que se reciba la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia.

Art. 18. Aprobación.—1. La persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales dictará, previas las comprobaciones que procedan, resolución por la que se aprueba el Programa Individual de Atención.

2. El Programa Individual de Atención tendrá el siguiente contenido:

a) Datos y circunstancias personales y familiares de la persona en situación de dependencia.

b) Servicio o servicios prescritos, con indicación de las condiciones específicas de la prestación de éste, así como de la participación que en el coste del mismo pudiera corresponder a la persona en situación de dependencia según su capacidad económica.

c) En su caso, de no ser posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, prestación económica vinculada al servicio.

d) Excepcionalmente, prestación económica para cuidados familiares, cuando la persona beneficiaria esté siendo atendida en su entorno familiar y se reúnan las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.

e) En su caso, prestación económica de asistencia personal, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.

3. La aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del Programa Individual de Atención deberá producirse en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes, salvo en los supuestos previstos en los apartados 5 y 6 del presente artículo.

4. La resolución se notificará a la persona beneficiaria o a sus representantes y se comunicará a los Servicios Sociales Comunitarios competentes.

5. Cuando el derecho de acceso a los servicios y prestaciones correspondientes, conforme al calendario establecido en la disposición final primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciem-

bre, deba hacerse efectivo en año distinto a aquel en que se haya dictado la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia, los Servicios Sociales Comunitarios elaborarán la propuesta de Programa Individual de Atención en los tres meses anteriores al inicio de su año de implantación.

6. Asimismo, dispondrán de un plazo de tres meses, en el supuesto de que una persona beneficiaria de otra Comunidad Autónoma traslade su domicilio de forma permanente al territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

7. La resolución por la que se apruebe el Programa Individual de Atención podrá ser recurrida en alzada ante la persona titular de la Consejería competente en materia de servicios sociales.

Art. 19. Revisión.—1. El Programa Individual de Atención se revisará por la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales:

- a) A instancia de la persona interesada o de sus representantes legales.
- b) A instancia de los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes.
- c) De oficio cuando las circunstancias lo aconsejen y, en todo caso, cada tres años.
- d) Como consecuencia del traslado de residencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

2. Serán aplicables, en lo que sea procedente, al procedimiento de revisión las normas establecidas en el presente Decreto para el procedimiento de aprobación de los Programas Individuales de Atención.

CAPÍTULO V

Seguimiento y control

Art. 20. Revisión de la prestación reconocida.—1. Las prestaciones reconocidas podrán ser modificadas o

extinguidas, en función de la situación personal del beneficiario o beneficiaria, en los siguientes casos:

a) Cuando se produzca variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento.

b) Por incumplimiento de las obligaciones reguladas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

2. El procedimiento se iniciará de oficio o a instancia de la persona beneficiaria.

3. En el procedimiento para la revisión de una prestación reconocida deberá darse audiencia a la persona beneficiaria o a su representante. La resolución será dictada por la Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales.

Art. 21. Seguimiento del Programa Individual de Atención.—La Delegación Provincial de la Consejería competente en materia de servicios sociales es la responsable del seguimiento de la correcta aplicación del Programa Individual de Atención. Para el seguimiento del Programa Individual de Atención de las personas que vivan en su domicilio, la Delegación Provincial deberá contar con la colaboración de los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona que se encuentre en situación de dependencia.

Art. 22. Seguimiento de la aplicación de prestaciones, ayudas y beneficios y acción administrativa.—La Administración de la Junta de Andalucía, a través de sus órganos competentes en cada caso, y los Servicios Sociales Comunitarios velarán por la correcta aplicación o utilización de los fondos públicos, prestaciones, servicios y cuantos beneficios se deriven del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Disposición adicional primera. *Personas emigrantes retornadas.*—Excepcionalmente, las personas emigrantes al amparo de lo establecido en el artículo 48 de la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el mundo, están excluidas del cumplimiento del requisito establecido en el apartado 1.c) del artículo 5 de la Ley 39/2006.

Disposición adicional segunda. *Efectividad del reconocimiento de la situación vigente de la necesidad del concurso de otra persona.*—A las personas que tengan reconocido el complemento de la necesidad del concurso de otra persona según el baremo del Anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, se les reconocerá el grado y nivel que les corresponda, en función de la puntuación específica otorgada por el citado baremo, de acuerdo con la tabla establecida en la disposición adicional primera 2 del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. En estos casos no será de aplicación lo establecido en los artículos 12 y 13 de este Decreto.

Disposición transitoria única. *Conservación de trámites.*—Las actuaciones administrativas realizadas por los Servicios Sociales Comunitarios y las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de servicios sociales desde la entrada en vigor de la Orden de 23 de abril de

2007, por la que se aprueba el modelo de solicitud del Procedimiento para el Reconocimiento de la Situación de Dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, relativas a la tramitación de las solicitudes presentadas, serán válidas siempre que se ajusten a la regulación establecida en el presente Decreto.

Disposición final primera. *Procedimientos de coordinación socio-sanitaria.*—En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11.1.c) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, mediante Orden conjunta de las Consejerías competentes en materia de salud y de servicios sociales se establecerán los procedimientos de coordinación entre el Sistema Público Social y Sanitario, así como los instrumentos que procedan para garantizar una efectiva atención a las personas en situación de dependencia.

Disposición final segunda. *Desarrollo y ejecución.*—Se faculta a las personas titulares de las Consejerías competentes para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el presente Decreto.

Disposición final tercera. *Entrada en vigor.*—El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

Sevilla, 12 de junio de 2007

MANUEL CHAVES GONZÁLEZ
Presidente de la Junta de Andalucía

MICAELA NAVARRO GARZÓN
Consejera para la Igualdad y Bienestar Social